

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Desde su creación, la Academia Judicial fue concebida como una institución destinada a realizar una contribución al Poder Judicial a través de la capacitación. En el Programa de Habilitación, esta capacitación se encuentra asociada a los requisitos que la ley establece para que jueces y juezas queden en condiciones de ser nombrados en cargos de ministros de cortes de apelaciones y fiscales judiciales. Conforme al diseño vigente aprobado por el Consejo Directivo de la Academia Judicial desde el año 2015, la aprobación del curso del Programa de Habilitación depende del resultado de un examen final en que se miden las destrezas esenciales necesarias para el adecuado desempeño de dichos cargos. En la composición de la calificación final incide eventualmente la nota que sus participantes obtienen en una prueba rendida al inicio del curso, que mide el estudio de las materias contenidas en cuatro cuadernos que, para tal efecto, son puestos a su disposición con antelación. Los temas tratados en dichos cuadernos son decididos, anualmente, por el Consejo Directivo de la Academia Judicial, conforme a criterios de relevancia y de lo que se estiman son los requerimientos prioritarios de capacitación en el marco de este curso.

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Director
Academia Judicial

INDICE

ABREVIATURAS.....	V
MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	XI
CAPÍTULO I. LOS PLANTEAMIENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	1
1. § ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?	3
2. § LAS FUNCIONES GENERALES DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	5
3. § FUNCIÓN REPARATORIA.....	6
4. § FUNCIÓN PREVENTIVA.....	7
5. § FUNCIÓN DEMARCATORIA.....	10
6. § LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DE INFLUENCIA EN EL DERECHO CHILENO	12
7. § EL MODELO FRANCÉS O DE FALTA DE SERVICIO	12
8. § EL MODELO ESPAÑOL O DE LESIÓN ANTIJURÍDICA	21
CAPÍTULO II. EL SISTEMA CHILENO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	31
9. § LOS PRESUPUESTOS PARA ENTENDER EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD NACIONAL.....	33
10. § ETAPAS DE NUESTRO MODELO.....	34
11. § EL DESARROLLO PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DE 1980	35
12. § TENDENCIAS DOCTRINAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	41
13. § TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD	45

14. § PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA: RESPONSABILIDAD OBJETIVA, CONSTITUCIONAL E IMPRESCRIPTIBLE (1980-2001).....	45
14.1. Fundamento Constitucional	46
14.2. La objetivación constitucional de la responsabilidad	50
14.3. Imprescriptibilidad. (Inaplicabilidad del Código Civil).....	53
14.4. Los fondos indemnizables son compatibles con la responsabilidad de la Administración.....	53
15. § SEGUNDA ETAPA Y EL FACTOR MARÍN: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO, LEGAL Y PRESCRIPTIBLE.....	54
15.1. La Constitución no establece un sistema de responsabilidad	56
15.2. La responsabilidad del Estado está sujeta a las reglas de prescripción del Código Civil.....	57
15.3. Incompatibilidad con los fondos indemnizables.....	61
CAPÍTULO III. LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE RESPONSABILIDAD GENERAL	63
16. § EL ORIGEN NORMATIVO EN EL DERECHO CHILENO	65
17. § LA TESIS DE LA FALTA DE SERVICIO EN LA DOCTRINA CHILENA.....	68
18. § LA FALTA DE SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	72
19. § CONCEPTO DE FALTA DE SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA	74
20. § LA FALTA DE SERVICIO COMO RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA	77
21. § LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO ES SUBJETIVA. EL FACTOR <i>PIERRY</i>	78
22. § ELEMENTOS CONSIDERADOS EN LA JURISPRUDENCIA COMO FALTA DE SERVICIO.	80
22.1. Ilegalidad o incumplimiento de obligaciones legales	80
22.2. Incumplimiento de estándares mínimos.....	83
22.3. El funcionamiento normal no es falta de servicio	84
22.4. ¿Usuarios del servicio?	85
22.5. ¿Estándar específico o mandato general?	87
23. § LOS DILEMAS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS EN LA FALTA DE SERVICIO	89
24. § LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO COMO REGLA GENERAL DE RESPONSABILIDAD	92
25. § LA IMPORTANCIA DE LOS ESTÁNDARES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO	95

26. § EL EJERCICIO METODOLÓGICO PARA RESPONDER LAS PREGUNTAS SOBRE LA FALTA DE SERVICIO.	99
27. § ALGUNOS COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	102
28. § LAS VACAS LOCAS Y LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO	102
29. § CONFIANZA LEGÍTIMA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	105
30. § RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ACTOS DE GOBIERNO	108
31. § RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ACTOS DISCRECIONALES	111
32. § RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y JUSTICIA AMBIENTAL.....	114
33. § FALTA DE SERVICIO Y RIESGO	116
34. § LA DELIMITACIÓN DE LA FALTA PERSONAL	119
35. § LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS	122
36. § FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O LA FALTA DE SERVICIO JUDICIAL.....	127
CAPÍTULO IV. NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.....	129
37. § CRITERIOS GENERALES	131
38. § CONCEPTOS.....	131
39. § CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.....	133
GLOSARIO	139
PREGUNTAS Y RESPUESTAS	143
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	147
¿CÓMO UTILIZAR ESTE DOCUMENTO?	149
1. NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	150
1.1. Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado	150
1.2. Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado	155
1.3. Aplicación de normas de Código Civil en materia de responsabilidad Extracontractual del Estado	160
1.4. Por actos de funcionario público	167
1.5. Daño provocado por ex vertedero.....	170

2.	FALTA DE SERVICIO	176
2.1.	Ámbito de aplicación de régimen de responsabilidad por falta de servicio	176
2.2.	Independencia de la falta de servicio de la responsabilidad del funcionario.....	178
2.3.	Deber de probar la falta de servicio.....	181
2.4.	Forma de evaluar la falta de servicio.....	185
2.5.	Falta de servicio por omisión.....	186
2.6.	Falta de servicio por error en criterios técnicos de una licitación	189
2.7.	Falta de servicio de organismo colaborador del Estado.....	193
3.	FALTA PERSONAL	198
3.1.	Falta personal de funcionario público.....	198
4.	FALTA DE SERVICIO POR EL MUNICIPIO.....	201
4.1.	Responsabilidad municipal por accidente en vía pública	201
4.2.	Responsabilidad municipal por accidente en vía pública	203
4.3.	Responsabilidad municipal por accidente en bien nacional de uso público	206
5.	RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO.....	210
5.1.	Responsabilidad por actos lícitos de la Administración	210
5.2.	Responsabilidad por actos lícitos de la Administración	213
5.3.	Responsabilidad por actos lícitos de la Administración	217
5.4.	Por vulneración al derecho de propiedad de los administrados.....	220
5.5.	Responsabilidad por actos lícitos de la Administración	227
6.	RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES EN CARRETERAS CONCESIONADAS.....	232
6.1.	Responsabilidad de la administración por un accidente en carretera concesionada.....	232
	BIBLIOGRAFÍA	239

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CENC	Comisión de Estudios para la Nueva Constitución
CGR	Contraloría General de la República
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPLT	Consejo para la Transparencia
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DA	Documentación Administrativa
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DO	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
FM	Revista Fallos del Mes
GJ	Gaceta Jurídica
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IP	Revista Ius Publicum
LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública, N° 20.285
LBCA	Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios
LBMA	Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

LBPA	Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LGSE	Ley General de Servicios Eléctricos
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcciones
LL	Ley de Lobby
LOAFE	Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado
LOC	Ley Orgánica Constitucional
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/19.653
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/19.704
LOCCGR	Ley Orgánica Constitucional del Contraloría General de la República
LOCCN	Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional
LOGGAR	Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional
LCP	Ley de Compras Públicas
OGUC	Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones
RADA	Revista Argentina de Derecho Administrativo
RAP	Revista de Administración Pública
RCHDUC	Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica
RCHDP	Revista Chilena de Derecho Privado
RDCDE	Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP	Revista de Derecho Público
RDUACH	Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile
RDUC	Revista de Derecho de la Universidad de Concepción
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
RDUCV	Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REL	Responsabilidad del Estado Legislador
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SCS	Sentencia o Sentencias de la Corte Suprema
STC	Sentencia o Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia o Sentencias del Tribunal Supremo Español
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo Español.

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1. Artículo 38 inciso 2 de la CPR.
2. LOCBGAE, artículos 4º y 42.
3. LOCM, artículo 142.
4. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹, artículo 5º.
5. Ley del Auge², artículo 38 a 43.
6. Responsabilidad Estado Juez, artículo 19 N° 7 letra i) CPR.
7. Auto acordado sobre procedimiento por responsabilidad por error judicial.
8. Ley de Servicios Eléctricos³, artículo 153.
9. Ley de Concesiones de Obras Públicas⁴, artículo 35.
10. Ley de Operación de Embalses frente a Emergencias⁵, artículo 12.

1 Ley N° 19.640.

2 Ley N° 19.966.

3 DFL N° 4/20.018, de 2006, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

4 Decreto supremo N° 900, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

5 Ley N° 20.304.

EXPROPIACIONES

1. Ley Expropiaciones⁶
2. Normas que establecen o autorizan a expropiar.
 - a. LGUC⁷, artículos 83 a 99.
 - b. Ley N° 19.939.
 - c. Artículo 13, Código Aeronáutico.
 - d. Normas respectivas de la Ley de Caminos⁸ (artículo 44 y ss.).
 - e. Ley N° 18.895, expropiación de patentes para el artículo 19 N° 8.
3. Incorporar normas de Tratados de Libre Comercio que establecen las "expropiaciones regulatorias". Ver, p. e., artículo 10.9 Tratado con EE.UU.

6 DL N° 2.186.

7 DFL N° 458, de 1975.

8 DFL N° 206, de 1960.

CAPÍTULO I.
LOS PLANTEAMIENTOS GENERALES DE LA
RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1.8 ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO? Tradicionalmente, la responsabilidad extracontractual del Estado se ha encontrado vinculada a la necesidad de establecer mecanismos de garantía de los ciudadanos frente a la Administración. El principio de legalidad –y su garantía en el recurso contencioso administrativo– y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, constituyen dos grandes soportes del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego¹. Así, el fundamento histórico, político y administrativo de esta institución emblemática del Derecho Administrativo radica en su configuración como garantía jurídica de los administrados frente al Poder Público, y consiguientemente, vinculada en su esencia a una forma de resarcimiento de los particulares frente a los eventuales efectos lesivos derivados de la acción administrativa².

En el Derecho Administrativo la responsabilidad patrimonial permite exigir de la Administración la indemnización por los daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos. Se sostiene que, a diferencia del Derecho Privado, la responsabilidad de los entes públicos ha sido admitida muy recientemente, dado el tradicional sentido inconciliable de los conceptos de soberanía y responsabilidad (*“the king can do no wrong”*), un principio que todavía, a mediados del siglo XIX, LAFERRIERE expresaba diciendo que *“lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”*³.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 351.

2 DADIGNO GUERRA (1996), p. 652.

3 PARADA VÁZQUEZ (2002 I), pp. 632, 633.

El reconocimiento y la aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado constituye una de las piezas maestras dentro del sistema de relaciones jurídicas existentes entre la Administración y los ciudadanos. Así, hoy se admite sin disputa que para sujetar al poder público al imperio de la ley no bastan los controles judiciales de legalidad de los actos administrativos, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política o social. Es preciso, además, que la Administración indemnice o repare los daños que sus actividades causen a los particulares: que indemnice o repare *virtualmente todos los daños injustos ocasionados a los ciudadanos*⁴.

Lo que hoy importa es tratar de resolver qué finalidad cumple la responsabilidad para la Administración en su relación cotidiana con los ciudadanos. Existe una cuestión elemental y es que la Administración Pública, bajo cualquier fórmula de personificación, no es un sujeto jurídico cualquiera. Es una institución reconocida en la Constitución, compuesta por privilegios y limitaciones: en el *sistema jurídico-administrativo continental*, cuando unos dañan a otros, los unos compensan a los otros. Los privilegios se les confieren porque la Administración actúa fiduciariamente, en persecución de un interés general. Las limitaciones se le imponen para garantizar que no se desvíe de ese fin y para que cuando actúe respete los derechos y libertades de los ciudadanos. El compuesto de potestades y limitaciones sobre su ejercicio que se recoge en normas constitucionales y legales configura un régimen jurídico específico, una subordinación integrada en el sistema jurídico general del Estado. Y es en ese contexto en el que debe interpretarse la responsabilidad extracontractual de la Administración⁵.

La responsabilidad reposa sobre la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses de los administrados (víctimas), que tienden a una reparación, y los de la Administración (responsable), que suponen una indemnización⁶. La modulación que se pueda hacer de la responsabilidad administrativa y las variaciones a las cuales da lugar la definición del equilibrio de intereses *víctima-Administración*, reenvían así a la multiplicidad de funciones que llena el régimen jurídico correspondiente; es decir, los

4 LEGUINA VILLA (1979), p. 524; BARCELONA LLOP (1984), p. 640.

5 GAMERO CASADO (1997), p. 22.

6 PAILLET (2001), p. 71.

objetivos perseguidos a través del compromiso de esta responsabilidad. A esto trataremos de acercarnos a continuación.

2.8. LAS FUNCIONES GENERALES DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Buscar criterios unitarios para la responsabilidad patrimonial del Estado nos exige, previamente, resolver qué función cumple esta institución dentro del esquema jurídico aplicable a la Administración.

Clásicamente se explica que los problemas fundamentales que debe resolver todo ordenamiento sobre responsabilidad residen en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos de una persona y la libertad de comportamiento. Es decir, en una colisión entre al menos dos esferas jurídicas, con motivo de la lesión que el titular de una de ellas ha sufrido en uno o varios de sus derechos, como consecuencia de la conducta o actividad del titular de la otra, qué valor debe primar. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que quien pretende una reparación por los perjuicios que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que lo legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, ya que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado⁷. La responsabilidad implica la forma y modo en que se distribuyen los infortunios en una sociedad.

Cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él) o si puede esperar algo de los demás y, mejor, si tiene derecho a ello⁸. Si la respuesta a la interrogante abierta fuera esta última, tendríamos que movernos todavía entre las dos alternativas: o se acude a un sistema de auxilios o de ayudas, lo que a su vez oscila entre la beneficencia y la seguridad social; o se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el precio en que se valore el daño. Solo en este último caso puede hablarse, en rigor, de indemnización, de derecho a la indemnización, y por consiguiente de responsabilidad⁹.

7 REGLERO CAMPOS (2003), *passim*.

8 Díez-PICAZO (1999), p. 40.

9 SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU (1997), pp. 101-177; en igual sentido, Díez-PICAZO (1999), pp. 42-46.

Esto exige, entonces, determinar las funciones de la responsabilidad y determinar si esa funcionalidad es compatible con un sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a la Administración del Estado.

3.§ FUNCIÓN REPARATORIA. Existe un relativo consenso entre los civilistas en que la función primordial de la responsabilidad patrimonial es y debe ser, en los distintos ordenamientos, la reparatoria o compensatoria: la responsabilidad es en este sentido la reparación de daños producidos a las víctimas¹⁰, siendo esta la función básica de la responsabilidad. La reparación de los daños pareciera ser la razón de esta institución, de modo que un sistema de responsabilidad que no repara los daños a las víctimas, seguramente no es responsabilidad¹¹, cuestión que queda lo suficientemente diáfana desde el momento en que se exige siempre la comisión de un daño, y que ese daño, por regla general, sea compensado, en todo o en parte, en dinero. La función compensatoria supone la intervención del derecho una vez que se ha producido el hecho que produce el daño, por lo cual renuncia a cualquier consideración de intervención previa que pudiera minimizar la ocurrencia de actos dañosos. Es claro que con ello el daño como tal no desaparece, puesto que este ya se ha producido y la reparación que se obtiene mediante el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad solo conseguirá que otra persona asuma el costo que significa compensar, hasta donde sea posible, la pérdida sufrida por el perjudicado¹².

No existe duda de que la función primordial de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en tanto responsabilidad civil, en general es y debe ser la reparación de daños, de los daños que pueda producir la actuación u omisión administrativa. Así lo entiende pacíficamente la doctrina, en cuanto lo que persigue la responsabilidad es la integridad patrimonial de los particulares, construyendo una verdadera garantía. No es posible concebir una responsabilidad extracontractuales del Estado que no tenga

10 DÍEZ-PICAZO (1999), p. 56; SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU (1997), p. 121; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1983), p. 533; RODRÍGUEZ GREZ (1999), p. 256; ABELIUK MANASEVICH (1993); ZANONI (1993), p. 221; CORRAL TALCIANI (2003), p. 65; DE TRAZEGNIES (1999), p. 13; ABRAHAM (2002), p. 160; BARROS BOURIE (2007), *passim*.

11 MIR PUIGPELAT (2002), p. 145.

12 CORRAL TALCIANI (2003), p. 65.

como objetivo prioritario la compensación de daños, la indemnización de las víctimas.

4.§ FUNCIÓN PREVENTIVA. Las normas de responsabilidad, además de indemnizar, deben prevenir, es decir, evitar que se produzcan conductas futuras que provoquen perjuicios¹³.

La función preventiva de la responsabilidad se encuentra muy vinculada a los costos de la actividad que genera el daño, tan estudiados por el análisis económico del derecho¹⁴. En efecto, se considera que la responsabilidad debe servir para reducir los costos de los accidentes y los costos de evitarlos. Si el costo de ser precavido es muy alto y alto es el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en unos márgenes aceptables, la idea es que quien fue negligente y por ello fue condenado, decidirá continuar no siéndolo en el futuro¹⁵. Para evitar lo anterior, es posible utilizar la responsabilidad también como un mecanismo de control social de las actividades que realizan los sujetos y que pueden generar daños que normalmente solo pueden ser contingentes, individuales y aislados¹⁶.

La responsabilidad no es solo garantía de los administrados sino también principio de orden y control de la Administración¹⁷. Resulta lógico que la responsabilidad de la Administración cumpla y deba cumplir una función preventiva¹⁸. Es evidente que en muchísimas ocasiones la Administración se encuentra en mejor situación que un particular para controlar y prever los efectos potencialmente dañosos de sus actos, control y prevención que puede realizar a un menor costo que los particulares. Esta cuestión se sustenta en el hecho de que los actos son realizados por la Administración

13 SALVADOR CORDECH Y CASTIÑEIRA PALOU (1997), p. 106.

14 REGLERO CAMPOS (2003), p. 56.

15 Sin embargo, es cierto también que el análisis económico del derecho sostiene que no se pueden evitar los accidentes a cualquier precio. Lo que se debe prevenir son únicamente los daños que valga la pena evitar desde una perspectiva económica, es decir, aquellos cuya prevención no exija inversiones en medidas de seguridad superiores a los propios daños.

16 Cfr. MOLINARI VALDÉS (2004), pp. 54-74.

17 MARTÍN REBOLLO (1980), p. 21.

18 DESDENTADO DAROCCA (2000), p. 546.

luego de procesos reglamentados, en los cuales se deberían analizar diversos esquemas en relación con los hechos, constándole a ella la mayor parte de la información. El particular no tiene cómo evitar el efecto dañoso de la acción u omisión administrativa, no pudiéndosele exigir mayor diligencia que la que resulta razonable para el ciudadano común y corriente¹⁹.

Parece saludable considerar la responsabilidad civil conjuntamente con otros instrumentos de responsabilidad, tales como la penal o administrativa, con el objeto de evitar daños causados por los órganos administrativos y sus funcionarios, a través del indudable incentivo consistente en la eventualidad de tener que satisfacer lo que representa una indemnización. Esto permite hacer efectivas y no ilusorias las normas del sistema jurídico que exigen repetir en contra de aquellos funcionarios que hubiesen cometido el daño, en el correcto entendido del artículo 38, inciso 2° de la Constitución y los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE, pues, de lo contrario, se genera una práctica de irresponsabilidad que debilitaría esta función de la responsabilidad.

Tal como lo señalábamos, íntimamente vinculada a la función preventiva se encuentra otra función de la responsabilidad relativa al control, en el caso de que la Administración desempeñe un buen y adecuado cumplimiento de la actividad de servicio público. Es más, uno de los defensores de la tesis más amplia de responsabilidad de la Administración ya sostenía la importancia de valorar esta función, sobre todo en lo relacionado con el funcionamiento anormal de los servicios (falta de servicio), de manera que a través de la verificación de la imputación en estos presupuestos (funcionamiento anormal de la Administración), la jurisdicción administrativa ha de ejercer un control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos. Así, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se controla el actuar de los entes administrativos, imponiéndoles positivamente la carga de una diligencia funcional media que puede operar visiblemente frente a la Administración²⁰.

La institución de la responsabilidad de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y debe ser contemplada, también, desde la perspectiva

19 Esta es precisamente la tesis de la Corte Suprema en alguno de los casos denominado 27/F.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), pp. 211, 212; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 ii), p. 395.

de la posición constitucional de la Administración y de la gestión de los servicios públicos²¹. Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de la Administración aparece como un principio de orden, como un instrumento más de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos que sirve para la eficiencia y eficacia de la Administración, siendo un instrumento idóneo para configurar, modelar y modular la actuación administrativa que enseña a la Administración cómo debe actuar y cómo no, si quiere evitar tener que indemnizar, y ayuda en última instancia a evitar daños derivados de la acción pública²². Si bien la responsabilidad nació como garantía de los administrados, también es útil para propiciar una Administración transformadora y gestora de los servicios e intereses públicos en la bisagra de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, y aparece como el correlato de eficacia a la que apela el sistema constitucional al regular a la Administración Pública²³.

La primera función de esta institución es obvio que consiste en reparar un perjuicio, pero también es el modo de imputar la responsabilidad por el funcionamiento de un servicio público lo que influye necesariamente sobre el modo de gestionarlo en el futuro, aprovechando la ocasión de la indemnización para la corrección del servicio prestado defectuosamente o de manera incorrecta²⁴.

La institución de la responsabilidad civil de la Administración puede y debe servir para controlar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Esta es una función que no se debe malograr y conviene potenciar. Sobre todo teniendo en cuenta que la Administración, a diferencia de los particulares, está en manos de la colectividad, es una organización instrumental que se explica y justifica únicamente por el servicio que presta a los ciudadanos y que por ello se encuentra sometida, por definición, a control²⁵.

21 MARTÍN REBOLLO (1999), p. 363. Precisamente indica que en este escenario la responsabilidad *coadyuva* al buen funcionamiento de la Administración y *conecta así al derecho con la política*. El problema es, a su juicio, si se trata de verificar el buen funcionamiento, las cuestiones acerca de quién y cómo se definen esas pautas son determinantes.

22 MARTÍN REBOLLO (1999), p. 363. En este sentido ver también MARTÍN REBOLLO (1991), p. 2791.

23 LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES (1993), p. 481.

24 *Ibidem*, pp. 481-482.

25 MIR PUIGPELAT (2002), p. 147.

Si se produce un hecho que ocasiona daños a un ciudadano, se producirá un proceso. En él saldrá a la luz pública cuál ha sido el funcionamiento del servicio, se lo comparará con el funcionamiento esperado o exigido, se detectarán errores y disfunciones en que se haya incurrido, se verificará, en definitiva, un saludable control a la Administración por la vía del efecto de sus actuaciones. La jurisprudencia chilena nos demuestra que, aun en los casos en que aplicando reglas de responsabilidad objetiva absoluta o estricta, citando el argumento de “la igualdad ante las cargas públicas”, como “*Hexagón con Fisco*” (*) o bien en casos donde se ha citado el artículo 38, inciso 2º, como fuente amplia de responsabilidad, como en “*Beraud con Fisco*” (*), lo que se resuelve en esos casos son situaciones de prestaciones deficitarias de servicio público. En otros términos, el juez utilizó la vía de la responsabilidad para controlar y apreciar la calidad de la actividad administrativa en sus diversos aspectos²⁶.

5.8 FUNCIÓN DEMARCATORIA. La responsabilidad civil cumple esta función en el sentido de que delimita el área de las conductas y actividades a las que se vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área a ella contrapuesta: la de las conductas y actividades que no generan responsabilidad.

Como se afirma, hay que empezar por indicar la necesaria función demarcatoria del Derecho de daños para dejar de un lado los daños no resarcibles —la mayoría— y del otro, aquellos cuya producción da lugar a una pretensión resarcitoria²⁷.

Se trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección frente a determinados bienes e intereses que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad²⁸.

26 CORDERO VEGA (2010), *passim*.

27 SALVADOR CODERCH (2000), p. 6.

28 Díez-PICAZO (1999), p. 43.

Así, la responsabilidad civil delimita, en razón de su función demarcatoria, el alcance de la libertad de actuación de los distintos agentes. En otros términos, responde a las preguntas ¿qué se puede hacer sin tener que responder? y ¿qué, en cambio, no?

A la responsabilidad administrativa es posible aplicar la función demarcatoria de la responsabilidad civil. Las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado deben entenderse como un sistema, pues de lo contrario sería posible que tuviera fundamento en normas oscuras. Esto significa que es el sistema el que demarca, delimita con relativa claridad y precisión qué actuaciones de la Administración generan un deber indemnizatorio y cuáles, por exclusión, no. Las normas sobre responsabilidad a la Administración le deben servir para definir con claridad el ámbito de actuación libre (de carga indemnizatoria). Esta función, fundamental en todo sistema de responsabilidad civil, se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad por seguridad jurídica, imprescindible para el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Por esta razón, la función delimitadora está vinculada al hecho que la Administración tiene derecho a contar con que los particulares soporten las molestias inherentes al funcionamiento de los servicios públicos y que deben ser consideradas como servidumbres sociales, lo que importa que existen supuestos en los que, aun habiéndose producido un daño y existiendo vínculo causal con la actividad de la Administración, no surge sin embargo deber de reparación²⁹⁻³⁰⁻³¹. Para que surja el deber de indemnizar es preciso

29 GAMERO CASADO (1997), p. 53.

30 BELADIEZ ROJO (1997) utiliza el concepto de riesgos inadmitidos.

31 MARTÍN REBOLLO (1994), p. 829, afirma que siendo difícil la determinación de los criterios, parámetros, estándares, existe un rol innegable de los jueces, que según dónde los ubiquen serán los efectos que generen, es decir mayor o menor responsabilidad. En el Derecho francés, vid. SEMPE (1995), p. 980.

En igual sentido, esto es, donde se ubica el estándar, MIR PUIGPELAT (1999), pp. 1015-1016. En opinión de este autor, el funcionamiento normal de los servicios públicos es, en la práctica, un funcionamiento condicionado por las restricciones presupuestarias y el desarrollo científico-técnico. Insiste en el sentido que el funcionamiento anormal constituye una infracción al estándar fijado para el servicio por razones presupuestarias y que queda lejos del nivel que el desarrollo científico-técnico permitiría alcanzar. Será funcionamiento normal aquel que respete dicho estándar delimitado con arreglo a criterios presupuestarios. Y será funcionamiento óptimo, inmejorable (una nueva

que se produzca una insuficiencia de la prestación efectivamente realizada frente al nivel ideal de la misma que resulta exigible, en función del análisis circunstancial del caso. Si la prestación estuvo por debajo del nivel mínimo exigible, surge la responsabilidad; si la prestación se adecuó al nivel correspondiente, no existe responsabilidad, aunque se haya producido un daño³²⁻³³.

6.§ LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DE INFLUENCIA EN EL DERECHO CHILENO. Buena parte de los debates de la responsabilidad patrimonial del Estado en el sistema chileno, al igual que en el de los países latinoamericanos, requieren para su adecuada comprensión reconocer la influencia de dos grandes sistemas de responsabilidad. El primero es el francés, cuya estructura central gira en torno a la *falta de servicio* y que en la actualidad es el principal fundamento utilizado por la legislación y la jurisprudencia nacional. El segundo es el sistema español, cuyo fundamento ha sido el concepto de *lesión* o de *daño antijurídico*.

Estos sistemas serán los que definirán el debate de la responsabilidad del Estado, y a los cuales es indispensable recurrir para comprender los fenómenos contemporáneos en torno a este tema.

7.§ EL MODELO FRANCÉS O DE FALTA DE SERVICIO. Corresponde al pionero entre los demás para conformar una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. Es inevitable señalar que este fue el de mayor influencia en los modelos europeos continentales, conformándose al paso de decisiones jurisprudenciales. En general, se elogia el papel que ha jugado el *Conseil d'Etat* en la construcción progresiva de dicha teoría³⁴.

categoría que él incorpora), aquel que los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de ser desarrollado no puedan superar. Sostiene que solo cuando estemos en este tercer supuesto de actividad administrativa, entrará en juego el nuevo artículo 141.1, exonerando de responsabilidad a la Administración.

32 MIR PUIGPELAT (2002), p. 37.

33 Para GÓMEZ PUENTE (2000), p. 771, la omisión administrativa es siempre culposa, pues el daño solo puede concretarse previa la contemplación de un deber de actuar ante una situación dada. Esto implicaría que el deber normativo siempre será un sistema culposos.

34 Vid. GARRIDO FALLA (2003), pp. 306-307. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 364, el Derecho francés ofrece el ejemplo más claro de progresión por obra de una jurisprudencia lúcida y resuelta; FAIRGRIEVE (2003), pp. 102-124.

La responsabilidad civil del Estado ha conseguido adquirir en el Derecho francés un estatuto independiente del Derecho privado fundamentalmente gracias a la jurisprudencia. La voluntad manifiesta del juez administrativo en orden a liberarse del Código Civil y guiarse por la búsqueda del equilibrio entre los intereses públicos y privados condujo al establecimiento de un régimen razonable y coherente de reparación a las víctimas que, si bien no difiere radicalmente del Derecho privado, posee particularidades que le son propias³⁵.

Hasta mediados del siglo XIX, en Francia, al igual que en buena parte de los sistemas comparados, se practicó el principio de la irresponsabilidad del Estado, con algunas excepciones. Tales excepciones se derivaban del texto expreso de ley, en el cual se reconocía el deber de reparar ciertos daños, como los ocasionados con motivo de una guerra³⁶⁻³⁷. Salvo esta clase de exclusiones, el particular lesionado solo podía exigir responsabilidad a los funcionarios públicos por la vía civil y, por ende, ante los tribunales ordinarios. A esta nueva etapa en la evolución histórica se le conoció como la de la *responsabilidad de los funcionarios públicos*.

Sin embargo, se le impuso al particular que quisiese demandar a un funcionario público una obligación previa, que consistía en pedir autorización para poder proceder contra él en la vía civil, ya que aparentemente de no hacerlo así, se violentaba el principio de separación de poderes. Esta obligación, que se consignaba en el artículo 75 de la Constitución del año VIII, y cuyo contenido había sobrevivido a nivel legal, disponía que: "Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno solo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del

35 VALDIVIA (2004), p. 54.

36 VEDEL (1980), p. 270, sostendrá que la idea según la cual la potestad pública debe responder de los daños que causa, por natural que nos parezca, no se ha impuesto sin encontrar resistencia. En su origen chocó con el principio en virtud del cual el Estado soberano no podía obrar mal, al menos cuando lo hacía por vía de autoridad.

37 En el mismo sentido, WEIL (1986), pp. 165 y 166, afirmará que la sumisión de la Administración a la ley no solo se manifestará por la anulación de las decisiones ilegales, sino también por la concesión de una indemnización a los particulares que hayan sido perjudicados por la acción administrativa. Hasta 1870, la indemnización estaba prácticamente excluida: el Estado estaba considerado, en razón de su soberanía, como irresponsable y los funcionarios solo podían ser perseguidos con la autorización —muy pocas veces concedida— del Consejo de Estado.

Consejo de Estado. En este caso, el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios³⁸.

En este sistema se considera al funcionario como un mandatario del Estado, y todo hecho que signifique responsabilidad para este, implica una verdadera extralimitación del mandato. Extralimitación que no puede caer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas solo por la persona que la ha cometido³⁹.

De la autorización administrativa previa para que un particular pudiese estar en condiciones de demandar a un funcionario por los daños que su actividad le causara, nacen los primeros indicios de lo que se llamaría después responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, el órgano competente para poder autorizar la demanda contra un funcionario público era el Consejo de Estado. Para que este concediera su autorización, requería acreditar la falta personal del agente en la producción del daño al que se refería el particular solicitante.

Como afirma VEDEL, este sistema correspondía a una *garantía de los funcionarios*. Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno solo podían ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso el procedimiento tenía lugar ante los tribunales ordinarios. Desde entonces, toda víctima de las actuaciones de un funcionario del Estado, que se proponía demandar reparación a este, debía proveerse de la autorización del Consejo de Estado. Si el Consejo de Estado estimaba que el funcionario había comprometido su responsabilidad personal, concedía la autorización para proceder contra él y el funcionario respondía de su falta con su patrimonio personal ante los tribunales judiciales⁴⁰.

Así, lo que se denomina *garantía de los funcionarios* correspondía a dos nociones diferentes. Una era la *garantía personal* de los funcionarios

38 Esta disposición se derogó a la caída del Imperio mediante decreto de 19 de septiembre de 1870. Sin embargo, la disposición que se transcribe en el texto sobrevivió, porque el Tribunal de Conflictos resolvió en el caso *Pelletier* del año 1873 que el decreto respectivo si bien había abrogado la disposición —art. 75— no así el principio de la separación de autoridades administrativas y judiciales (ordinarias civiles).

39 ALTAMIRA GIGENA (1973), p. 57.

40 VEDEL (1980), p. 273.

para protegerlos de la animadversión o las diferencias políticas, sometiendo la demanda a una autorización previa superior, lo que era una simple regla de procedimiento que el decreto de 1870 había decidido derogar. Otra es una *garantía real* establecida a favor de la Administración, que tenía por fin preservar la injerencia de los Tribunales en los actos que en razón de su carácter y autoridad le pertenecen por naturaleza, y es una regla de competencia cuya aplicación correspondía al Tribunal de Conflictos y que el decreto de 1870 no pudo abrogar⁴¹. Sin embargo, la situación cambiará a partir de la decisión *Pelletier* en 1873, como veremos.

No obstante lo anterior, el sistema francés, merced a una labor de exclusión y a la vez de reconocimiento de que los daños que la actividad administrativa causara con su actuación debían ser reparados, admitió que de no acreditarse la falta personal del funcionario público, los daños acaecidos se reputarían causados como consecuencia de una falta del servicio de carácter impersonal o anónima, y que en estos supuestos sería el Estado quien debía responder. Así, la acción de daños y perjuicios se entablaría contra el Estado, pero no ante la jurisdicción civil, sino en los tribunales administrativos⁴².

El punto de partida de esta distinción serán los tradicionales *arrêt Blanco* y *Pelletier*, desde 1873. El primero debe su importancia a la capacidad para sintetizar algunos principios sobre los cuales se construyó el sistema francés de responsabilidad administrativa⁴³. Afirma esta sentencia que “la responsabilidad patrimonial que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por culpa de las personas que emplea en el servicio público, no se rige por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. La sentencia *Blanco* se convirtió en símbolo de la autonomía de la responsabilidad administrativa y aun del Derecho administrativo en su conjunto, con la idea de un vínculo en doble sentido

41 LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS (1999), p. 10.

42 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), pp. 364-365.

43 Como afirma LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS (1999), p. 1, durante mucho tiempo se consideró como una decisión fundamental, “piedra angular” de todo el Derecho administrativo.

entre el fondo del Derecho aplicable y la competencia de la jurisdicción administrativa (derogatoria del Derecho común)⁴⁴.

Por su parte, el *arrêt Pelletier*, debió resolver la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios públicos. Como ya se ha dicho, el decreto legislativo de septiembre de 1870 había derogado el artículo 75 de la Constitución del año VIII, que no permitía a los administrados perseguir la reparación en contra de los funcionarios ante el juez ordinario, sino con la autorización del Consejo de Estado, como hemos visto. El tribunal tuvo que pronunciarse sobre el punto de si esta derogación permitía que dichas demandas fuesen intentadas libremente contra todos sus actos, sin tener en cuenta el principio de separación entre autoridades administrativas y jurisdiccionales. Al responder negativamente y excluir al juez ordinario para pronunciarse sobre el funcionamiento de los servicios públicos sin violar el principio, esta decisión sentó las bases de una distinción fundamental entre el hecho de la función (falta de servicio) y el hecho personal (falta personal). Así, afirma la sentencia que "*considerando que la demanda del señor Pelletier se basa exclusivamente sobre un acto de alta policía administrativa; que fuera de este acto [de incautación de los números impresos del periódico de su propiedad] no se enrostra a las autoridades que lo dictaron y lo hicieron cumplir, ninguna falta personal apta para comprometer sus responsabilidades particulares, lo que hace que en realidad la acción esté dirigida contra ese preciso acto por medio de las personas de los funcionarios que lo ordenaron o que cooperaron a su ejecución*".

La distinción entre *falta de servicio* y *falta personal* implicó una repartición de competencias administrativas y jurisdiccionales, pero igualmente conllevó a una repartición de responsabilidades entre una entidad pública y el funcionario⁴⁵. La *falta personal* es la que conviene dejar de cargo de su autor, la *falta de servicio* es aquella que sería inconveniente o injusto de hacer soportar personalmente al funcionario. A estas preocupaciones responden las fórmulas clásicas de LAFERRIÈRE: hay falta de servicio "si el acto perjudicial es impersonal, si no aparece un administrador más o menos sujeto a error", hay culpa personal si aparece "el hombre con sus

44 Vid. SEMPE (1995), pp. 970-971.

45 LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS (1999), pp. 12-13.

debilidades, sus pasiones, sus imprudencias"⁴⁶. Como explica VALDIVIA⁴⁷, en aras de proteger a la vez a la víctima de la insolvencia de los servidores públicos y a estos mismos de las demandas abusivas, la jurisprudencia, en una primera etapa que va hasta 1951, restringió la noción misma de culpa personal y su alcance. Se aminora la noción de la culpa personal hasta el punto de identificarla, sea con la culpa cometida materialmente fuera del servicio, sea con la culpa particularmente grave e inexcusable (culpa intencional por ejemplo); aún más, ni la infracción penal ni siquiera la vía de hecho constituyen en todos los casos una culpa personal. Por otro lado, el alcance de la culpa personal ha sido considerablemente reducido por la posibilidad, cada vez más ampliamente admitida, de hacer responsable, en caso de culpa personal, a la Administración misma, en virtud de la teoría de la acumulación⁴⁸. Son razones jurídico-políticas las que conducen a la distinción entre *falta personal* y *falta de servicio*⁴⁹. Por una parte, siendo el contencioso de responsabilidad por faltas personales de competencia de los tribunales ordinarios, calificar extensamente un hecho como falta personal conduciría a tolerar la intromisión ilegítima de la justicia ordinaria en los actos de la Administración, violando el principio de separación de poderes entre autoridades administrativas y jurisdiccionales. Por otra parte, trazar el límite entre la falta personal y la falta de servicio permite determinar hasta dónde es legítimo hacer cargar al agente con las consecuencias dañosas de los actos que ejecute el servicio.

Esta idea de *falta del servicio* acepta implícitamente que en el servicio público existe una serie de deficiencias que difícilmente se le pueden reprochar en forma individual a alguien en particular; acepta también la

46 Esta es la conclusión del *arrêt Laumonier Carriol* (5 de mayo de 1877).

47 VALDIVIA (2004), p. 61.

48 Así se pronuncian los *arrêts Anguet* (1911) y *Lemonnier* (1918). Con el primer caso se consagró la teoría de la acumulación. Pero el avance se consolida en 1918 con la otra señalada sentencia, por mérito de la cual se estableció la denominada acumulación de responsabilidades a fin de superar el problema de insolvencia que podía presentarse por parte del agente público que debiera responder personalmente en razón de haber incurrido en falta grave por su actuar. Ante esta situación, surgió la sentencia *Lemonnier* de 1918, que resolvió la acumulación de responsabilidades con la Administración en razón de que reconoció que la falta personal de carácter grave de alguno de sus agentes estaba necesariamente relacionada con el servicio que había proporcionado los medios para llevarla a cabo.

49 VALDIVIA (2004), p. 60.

frecuente dificultad que se presenta para individualizar en alguien especial la falta que ocurre en la prestación de servicios en los cuales interviene un número grande de personas; y lo más importante, reconoce que tales faltas no deben quedar sin reparación a título de que quien las presta es el Estado⁵⁰.

Así, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo⁵¹. De manera que estamos en presencia de una *falta de servicio* cuando la Administración no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche⁵². Se trata de una falta objetivada que no tiene nada que ver con la noción de culpa. Es más bien una falta del servicio, entendida esta como aquella que no es necesario individualizar⁵³.

Esto quizá explica que la idea de falta se fue ampliando a otras categorías. Se afirma que la falta imputable a una colectividad pública que haya de provocar su responsabilidad patrimonial, corresponde a una muy amplia variedad de situaciones concretas. En primer lugar, la falta puede ser considerada como un atentado a los derechos de los administrados que puede corresponder a varias formas: ruptura de igualdad ante las cargas públicas, ante los servicios públicos y violación del derecho al funcionamiento

50 Sobre el particular, es pertinente recordar la discusión que durante mucho tiempo se dio en el sentido de distinguir, para efectos de responsabilidad, los diversos actos de la Administración, como "*actos de autoridad*" y "*actos de gestión*", reconociendo solo a estos últimos la posibilidad de ser sujetos de responsabilidad. A este respecto, se afirma que la distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión; y de la que como consecuencia de ella se quiso establecer entre la actuación de la Administración del Estado, según que proceda como poder (equiparada, desde este punto de vista, al Ejecutivo) regulada por el Derecho Público o como persona jurídica sometida al Derecho Privado; está, si no totalmente abandonada, por lo menos en profunda crisis dentro de la doctrina moderna del Derecho Administrativo. CASTRO ASTRADA (1997), p. 74.

51 RIVERO (1984), pp. 303, 305 y 306.

52 CHAPUS (1995), par. N° 1252.

53 Cft. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 366.

correcto de los servicios públicos. En segundo lugar, considera la falta como comportamiento irregular de la Administración en el cual se incorporan: la omisión o inobservancia a las leyes del servicio, la anormalidad y la violación de obligaciones administrativas⁵⁴.

En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos apoyada en la idea de falta, debe ser concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente, sino de acuerdo a las leyes, reglamentos y normas administrativas que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrado⁵⁵.

Esto explica que la *falta de servicio* hoy sea un conjunto de circunstancias que reflejan comportamientos irregulares de la Administración en múltiples formas, pero que siempre requerirán una evaluación del comportamiento administrativo. Las categorías conceptuales en torno a las cuales opera el régimen francés de la responsabilidad administrativa constituyen un ejemplo de flexibilidad, pues ellas mismas permiten la evolución del régimen conforme a las orientaciones de la sociedad⁵⁶.

A pesar de esto, se ha considerado que la *falta de servicio* resultaba insuficiente como criterio único de responsabilidad, razón por la que la jurisprudencia francesa elaboró una serie de regímenes especiales de responsabilidad objetiva o sin culpa. Los casos que reclaman este tipo de solución responden a una serie de criterios de diversa naturaleza. La situación de la víctima frente al Estado, el carácter riesgoso de los mecanismos, procedimientos o situaciones a que esta se ve sometida y la necesidad de evitar un juicio de valor frente a actos reputados legítimos son, entre otros, los factores que la jurisprudencia ocupó al momento de definir un régimen de responsabilidad basado solo en la causalidad⁵⁷. De este modo, accidentes del trabajo, daños provocados por el uso de armas de fuego o

54 PAILLET (2001), pp. 144-155; en el mismo sentido, DEBBASCH (1991), pp. 260 y 266.

55 CASSAGNE (1998), p. 270.

56 VALDIVIA (2004), p. 83; CORDERO VEGA (2010), *passim*.

57 En los casos de riesgo-provecho destaca el *arrêt Cames* de 1895 (accidentes del trabajo); en caso de riesgo creado destacan: *arrêt Regnault-Desroziers* de 1919 (materiales explosivos), *arrêt Cons. Lecomte, Franquette y Daramy* de 1949 (Armas de fuego),

explosivos, consecuencias perjudiciales derivadas de la aplicación de leyes o reglamentos, alea terapéutica entre otras hipótesis, quedan sometidas a regímenes de responsabilidad objetiva. La nota común a estos casos parece encontrarse en la presencia de un perjuicio anormal. La jurisprudencia clásica exige al respecto la concurrencia de requisitos estrictos en torno al daño: que sea grave, especial —es decir, que afecte individualizadamente a una persona o grupo reducido de personas— y que exceda de los riesgos o aleas normales que las víctimas deben soportar en la vida en sociedad.

El Derecho francés se enfrenta hoy a una serie de redefiniciones. Por una parte, una trivialización de la falta de servicio⁵⁸, lo que supone una progresiva abolición de la falta grave⁵⁹, sin consideración de la distinción tradicional entre funcionamiento material y formal, es decir, el rechazo a los criterios de normalidad fáctica propia de una actividad determinada; por otro lado, el debilitamiento del criterio de la complejidad de las actividades como medio de diferenciación de diversos estándares de exigibilidad a la Administración⁶⁰. La situación anterior se ve manifestada también en un aumento de las presunciones de falta de servicio⁶¹, como así mismo en la necesidad de socializar riesgos, cuestión particularmente relevante durante la década de los 90 frente a las actividades sanitarias⁶², lo que ha llevado al establecimiento de soluciones legales de diversa naturaleza y tópicos⁶³.

arrêt Thouzellier de 1956 (reinserción social de delincuentes); *arrêt Cons. N'Guyen, Jouan y Cons. Pavan* de 1995 (contaminación de plasmas sanguíneos).

En el mismo sentido, pero desde la perspectiva de la igualdad ante las cargas públicas: *arrêt Coiteau* de 1923 (actos administrativos individuales; inejecución de sentencia judicial); *arrêt Commune de Gavarnie* de 1963 (reglamento que reserva camino para determinada circulación), basado en la lógica del *arrêt La Fleurette* de 1938.

58 VALDIVIA (2004), p. 85.

59 *Arrêt Bourgeois* de 1990 (cálculo indebido de impuestos). Una explicación sobre un desarrollo concreto se encuentra en el trabajo de CUETO PÉREZ (1998), pp. 434-439.

60 *Arrêt Epoux V.* de 1992 (responsabilidad por mala praxis médica, como consecuencia de simples imprudencias).

61 Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ (1996), pp. 383-397.

62 *Arrêt Bianchi* de 1993 (responsabilidad por alea terapéutico).

63 Vid. Ley de 4 de marzo de 2002, en particular el artículo L 1142-1 del Código de Salud, se ocupa de reglamentar diversas materias relacionadas con los daños ocasionados en hospitales y clínicas, siendo una de sus innovaciones la reparación del "alea terapéutico". En el mismo sentido la Ley de 1 de julio de 1964 sobre vacunaciones

8.8 EL MODELO ESPAÑOL O DE LESIÓN ANTIJURÍDICA. A diferencia del sistema francés, el sistema español evolucionó de forma gradual como consecuencia del esfuerzo de la doctrina y un desarrollo legislativo. La tarea de la jurisprudencia, comparativamente, ha sido un tanto menor; sin embargo, en las últimas décadas elevó en términos significativos su participación en el perfeccionamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sus orígenes se encuentran vinculados al desarrollo legislativo, que pretende garantizar una indemnidad a los patrimonios, y en una amplia doctrina posterior.

En el caso español, las referencias al sistema expropiatorio resultan indispensables y obligatorias, pues es el precedente inmediato, al reconocimiento de la responsabilidad del Estado, a partir de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954⁶⁴.

A finales del siglo XIX se reconocía a los ciudadanos una serie de coberturas frente a los comportamientos lesivos del Estado, aún ubicados en el ámbito de la expropiación, pero que resultan interesantes de indicar⁶⁵. Este es el caso de la ley de 1842 de responsabilidad por daños ocasionados con motivo de la guerra carlista, que estableció como obligación de la nación "*indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.*". Por su parte, la Ley de Aguas de 1879 establecía indemnizaciones de daños por requisas para precaver inundaciones, incendios u otras calamidades. La Ley de lo Contencioso de 1888 contemplaba indemnizaciones por aplazamiento o inejecución de las sentencias de los tribunales contenciosos administrativos. Por su parte, el Reglamento de lo Contencioso de 1894 establecía una serie de indemnizaciones por los daños causados por actos no fiscalizables. La ley de 1899 contemplaba la indemnización de condenados,

obligatorias, que estableció un sistema de responsabilidad objetiva; las leyes de 20 de diciembre de 1988 y 23 de enero de 1990 (recogidas en el art. L 209-7 del Código de la Salud Pública), que organizaron un régimen de indemnizaciones en materia de investigaciones biomédicas; la Ley de 31 de diciembre de 1991 relativa a la indemnización en el caso de víctimas de la inoculación del SIDA como consecuencia de transfusiones o inyecciones de productos sanguíneos a pacientes hemofílicos o en caso de intervenciones quirúrgicas.

64 CUETO PÉREZ (1998), p. 55.

65 GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), p. 24.

si después resultase su imputabilidad (funcionamiento anormal de la Administración de justicia). La Ley de Epizootias de 1914 que establecía indemnizaciones por el sacrificio de animales atacados por enfermedades infecto-contagiosas; en el mismo sentido, está la Instrucción de Sanidad de 1904, que también reconocía los derechos indemnizatorios de los que sufrieran la destrucción o el deterioro de objetos cuando lo exigiese la garantía de desinfección. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que admitía la posibilidad de reclamar daños y perjuicios contra el Estado, estableciendo las competencias de los tribunales ordinarios cuando las reclamaciones no hayan sido admitidas en vía gubernativa. La Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948, disponía que si la cuestión de competencia se decidía en favor de la jurisdicción ordinaria, tenían los interesados derecho a que la Administración les indemnizara de los perjuicios que se les hubiesen irrogado por el alzamiento de la suspensión del procedimiento. Por último, la ley de 1945 que dispuso la indemnización por muerte o incapacidades ocasionadas por el uso de las armas por las fuerzas militares de orden público⁶⁶.

Sobre estos criterios se ha afirmado que, salvo los supuestos contenidos en la legislación especial señalada, la inmunidad del Estado frente a los ciudadanos era total y absoluta⁶⁷. Esta situación implicó que la alternativa normativa fuera el Derecho Privado, concretamente el Código Civil, en búsqueda de un fundamento válido para poder reclamar los daños sufridos con motivo de la actuación del Estado. Sin embargo, esta posibilidad no era tal, ya que las condiciones requeridas como supuesto normativo hacían imposible la exigencia de responsabilidad al Estado.

El artículo 1902 del Código Civil de 1889, consagraba la noción de culpa para poder determinar la obligación de reparar los daños causados. Tal disposición establece que *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*.

En un esfuerzo de comprender al Estado en tal obligación, el artículo 1903 señalaba que *"es exigible no sólo por actos u omisiones*

66 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), pp. 367-370; DE AHUMADA RAMOS (2001), pp. 21-31; GONZÁLEZ BERENGUER (1962), pp. 191 y 192; LEGUINA VILLA (1980), pp. 8-10.

67 CUETO PÉREZ (1998), p. 57.

propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder". Específicamente para el caso del Estado se dispuso su responsabilidad *"cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior"*.

De estas dos disposiciones hubo también dos interpretaciones. La primera consistió en reconocer en el supuesto del artículo 1902 un caso de responsabilidad del Estado por hechos propios; en cambio, sobre la base del artículo 1903, por hechos de tercero, ya que en su parte final se establece *"por medio de un agente especial"*, por no ser estos órganos propios del Estado. La segunda predicó que el único supuesto de responsabilidad del Estado era el previsto en el artículo 1903 (párrafo 5º)⁶⁸, cuando el Estado actuara por medio de un agente especial, toda vez que no podría hablarse de culpa o negligencia del Estado en la organización de los servicios públicos, ni tampoco en la designación de sus agentes respecto de los actos de sus funcionarios en el desempeño de sus funciones⁶⁹.

Ahora bien, tratándose de la última interpretación mencionada, el problema seguía sin solución, habida cuenta de que el Estado actúa cotidianamente con sus funcionarios o agentes ordinarios, quienes son los que normalmente pueden causar los daños, cuya reparación reclama el particular lesionado. Así las cosas, si el único supuesto de responsabilidad del Estado era el relativo a los daños causados por medio de sus agentes especiales, resultaba imposible la pretensión de reparación de los mismos al particular⁷⁰.

De este modo, en los casos en que las actuaciones fuesen realizadas por un funcionario, la irresponsabilidad del Estado era plena y absoluta por un doble motivo; en primer lugar, porque no podía exigirse responsabilidad al Estado y, en segundo lugar, porque a pesar de poder ir contra el funcionario, la Ley Maura de 1904, que establecía normas sobre responsabilidad de los funcionarios, exigía como requisito para poder demandar ante los tribunales ordinarios a un funcionario, la previa reclamación por escrito de

68 Este fue suprimido por ley de 7 de enero de 1991.

69 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (2000), pp. 42-43; DE AHUMADA (2001), pp. 33-36.

70 Cfr. MARTÍN REBOLLO (1999), pp. 329-330.

la observancia de la norma cuya infracción había sido la causante del daño que sufría el ciudadano, lo cual llevó en la práctica a que los funcionarios tampoco respondiesen⁷¹. Así, se cumplía la finalidad, cual era mantener la inmunidad de él y también del personal a su servicio, dando lugar a una indefensión total del ciudadano⁷², de forma que este sistema del Código Civil significó prácticamente la negación de la responsabilidad del Estado⁷³, que llegó a una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado, pues en la práctica no se localizó nunca un verdadero "agente especial" en el sentido del artículo 1903 CC⁷⁴.

Cerrada la posibilidad de encontrar una mejor salida en el ámbito civil, por vía legislativa, se dio un paso más en la evolución de la institución de la responsabilidad del Estado, al incorporar en la Constitución republicana de 1931, la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás corporaciones públicas, en el artículo 41.3⁷⁵: "Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la Ley"⁷⁶.

Terminada la guerra civil, se dictó la Ley de Régimen Local de 1950, que considerando la Ley Municipal de 1935⁷⁷ establecía una responsabilidad directa en ciertos supuestos y también contemplaba la respon-

71 Vid. DE AHUMADA (2001), pp. 36-37.

72 CUETO PÉREZ (1998), p. 60.

73 GARRIDO FALLA (2003), p. 313.

74 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 368.

75 En opinión de DE AHUMADA (2001), p. 43, esta norma implicó el inicio del quiebre de la inmunidad administrativa y el avance hacia un sistema de responsabilidad más amplio.

76 La breve vida de la Segunda República impidió que en ámbito estatal se dictase alguna norma legal que desarrollase el precepto constitucional, con lo cual la incidencia práctica de la nueva regulación fue nula. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ (2000), pp. 43-44.

77 Aunque sin aplicación efectiva, otro antecedente en la evolución histórica de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado lo constituyó la Ley Municipal de 1935, que en su artículo 209 dispuso que:

"Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroguen la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos".

sabilidad subsidiaria en otros. De conformidad al artículo 406.2, existe responsabilidad directa "*cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios y agentes*". Por su parte, según el artículo 409 existía responsabilidad subsidiaria "*cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo*"⁷⁸.

Las disposiciones precedentes tuvieron breve vigencia y poca aplicación práctica⁷⁹. La verdadera transformación hacia un régimen de responsabilidad del Estado en España se realizó en 1954, con la promulgación de la LEF que introdujo, de un modo casi subrepticio, la innovación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, rectificando un sistema multisecular de inmunidad de la Administración por los daños patrimoniales causados por su funcionamiento a los ciudadanos, como se lee en la Exposición de Motivos de dicha Ley⁸⁰.

El origen de esta "subrepticia" y trascendente innovación se llevó a cabo en el seno de una Comisión de juristas que en aquellas fechas formaban parte del Instituto de Estudios Políticos, y a quien el Ministerio de Justicia le había encargado la redacción de un proyecto de Ley de Expropiación.

Como se observa, esta disposición habla por primera vez de una responsabilidad directa, aunque como se señaló antes, no tuvo eficacia práctica debido a los movimientos sociales españoles de aquella época.

78 Por estas razones TENA YBARRA (1951), p. 190, afirmará que hasta 1951 el sistema español mostraba una escasez y antigüedad de los preceptos legislativos que regulaban la responsabilidad, sobre todo por el carácter restrictivo que a la época era utilizado por la jurisprudencia. Concluye que frente a esto "no cabe ocultar el retraso en que desde principios de siglo entra en la máquina administrativa española y de la cual el principio de la responsabilidad de la Administración, entre otros, se viene resintiendo".

79 Cfr. ROYO-VILLANOVA (1956), pp. 44 y 53.

80 Vid. DE AHUMADA (2001), p. 55. Cfr. ROYO-VILLANOVA (1956), pp. 53-54. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ (1975), p. 83, quien afirma que "la consagración con carácter de general de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente obligación de indemnizar de cualquier daño ocasionado por su actividad ha sido una de las conquistas más laboriosas del Derecho administrativo. En España no se consiguió hasta la Ley de Expropiaciones Forzosas de 16 de diciembre de 1954, después de una lenta serie de conquistas parciales".

Entre ellos se encontraba GARCÍA DE ENTERRÍA, el más firme sostenedor de la responsabilidad objetiva del Estado⁸¹.

Así, en las palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA, "la peculiaridad quizá más notable de la nueva Ley de Expropiación Forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de los administrados fuera del supuesto de expropiación propiamente tal, aplicándolo a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración y no sólo al despojo expropiatorio. La ley desborda así los límites reconocidos a la institución de la expropiación forzosa, entrando a regular deliberadamente el tema de la responsabilidad civil de la Administración. Teniendo en cuenta la radical reforma que la ley reporta en esta materia, se encuentra aquí, sin duda, la más trascendental de sus innovaciones, sistemática y políticamente"⁸².

Señalaba el artículo 121 de la LEF: "dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento [el de la expropiación] toda *lesión* que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o [de] la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

Se sostuvo, entonces, que la LEF vino a eliminar los elementos de ilicitud y culpa, para basarse en el criterio de *lesión*, que concibe a esta como todo perjuicio antijurídico⁸³.

81 GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), p. 4, afirma que "había participado en la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación en el Instituto de Estudios Políticos, y me correspondió en ella también haber puesto un cierto énfasis en los básicos artículos 1 y 121 [...]. En aquella Comisión que presidió el maestro JORDANA DE POZAS participamos todo el equipo, entonces juvenil y no muy numeroso, de la recién inaugurada "Revista de Administración Pública". Nuestra propuesta, incluyendo el subrepticio artículo referente a "otros daños", fue aceptada en casi su integridad en el texto que finalmente pasó al "Boletín Oficial del Estado". La misma Comisión redactó luego el Anteproyecto de Reglamento".

82 GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), p. 145.

83 GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), pp. 176 y 197, señaló que "el concepto de perjuicio es puramente económico, material, el de la lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio

La amplitud del precepto citado, sin referencia alguna al elemento de culpa, propio de los ordenamientos civiles, adoleció, de una limitación en cuanto a que el dispositivo se refiere exclusivamente a "*los bienes y derechos a que esta ley se refiere*", lo que significó que se tratara solo de bienes expropiables. Entendida así la norma legal, quedaban fuera de la protección indemnizatoria los daños físicos a las personas, incluida la vida. Esta limitación sería superada transitoriamente, por el Reglamento de la propia LEF, que en su artículo 133 señalaba: "Dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente".

Con el propósito de consolidar los principios de la responsabilidad, se dictó al poco tiempo la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957, que corregiría las imprecisiones señaladas del artículo 121 de la LEF antes comentadas, y al mismo tiempo, incluyó otras disposiciones en la materia. El artículo 40 de la nueva Ley dispuso que:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa".

Cabe indicar que la LEF no fue derogada por la LRJAE de 1957, sino complementada por esta.

La evolución del sistema español no concluye aquí. El principio se elevó a nivel constitucional al disponer el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978 que: "[l]os particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,

cio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el agente que lo ocasione obre él con toda licitud". En otra parte precisa que, en el caso de la actividad legítima, esa antijuridicidad proviene de que si bien hay obligación de soportar el sacrificio, no hay obligación de soportar el daño patrimonial.

GARRIDO FALLA (1989), pp. 35-36, afirmó que la LEF unificó dos instituciones (expropiación y responsabilidad) que en su opinión son diversas, dando origen en la práctica forense a fundar las demandas en contra del Estado en un doble título, el que por una parte alega la "tesis expropiatoria" y, por la otra, la tesis indemnizatoria.

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La constitucionalización del principio de responsabilidad patrimonial del Estado permitió hablar de la existencia en España de un auténtico sistema de garantía patrimonial de los administrados en la inteligencia de que por disposición de la misma Constitución (art. 149.1.18), la aplicabilidad del sistema reconocido es igual a todas la Administraciones Públicas⁸⁴.

El 26 de noviembre de 1992 se dictó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que incorporó en su Título X las disposiciones (139 a 146) “*De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*”. Esta ley derogó varios artículos de la LRJAE. Asimismo, el 26 de marzo de 1993 se aprobó el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. Sin perjuicio de lo anterior, el año 1999 la LRJPAC sufrió una nueva modificación mediante la Ley 4/99, relativa a la exclusión de la responsabilidad por los riesgos del desarrollo. Finalmente, el 10 de octubre de 2015, se dictó la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que regula el sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (LRJSP) en el capítulo IV de su título preliminar. Esta ley deroga así en esta materia a la LRJPAC, aunque existe una clara continuidad en los contenidos, manteniéndose inalterados los preceptos más importantes⁸⁵.

Así como lo que definió el sistema francés fue la *falta*, lo que distinguió al sistema español es la *lesión* como título de imputación. Como

84 Dispone el artículo 149.1 de la Constitución Española:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]”

18a. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y *el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*”.

85 ESTEVE PARDO (2015), p. 297.

adecuadamente lo resumió la jurisprudencia⁸⁶, “el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una *lesión antijurídica*⁸⁷ por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad, por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que este se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante [...]”.

En este sentido, siguiendo a LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA⁸⁸, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (español) garantiza a los particulares la indemnización de todos los daños injustos que sufran en su patrimonio. Pero la ilicitud del daño no se produce solo por actuaciones ilegales o culpables de la Administración, sino también por actuaciones administrativas lícitas cuyos efectos dañosos no hay razón para que corran a cargo del perjudicado. Para el sistema de responsabilidad patrimonial, importa más satisfacer el derecho del dañado a ser indemnizado, que castigar una actividad administrativa ilegal o culpable. La

86 Aranzandi 2000\115471. Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 16 febrero 2000. Para analizar la consistencia jurisprudencial en el pasado mediato ver el trabajo de BLASCO ESTEVE (1980), pp. 195 a 241.

87 En la misma sentencia, y de manera uniforme en la jurisprudencia se sostiene que la lesión “se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito.” (F. J. 2º).

88 Citados por CHECA GONZÁLEZ (2003).

Administración debe indemnizar no solo cuando el daño es consecuencia de su actividad o inactividad ilegal o de la conducta culpable de sus agentes (responsabilidad por culpa), sino también cuando el funcionamiento de los servicios públicos crea situaciones de riesgo o produce sacrificios especiales cuyos perjuicios derivados no deben ser soportados individualmente por los afectados sino por la generalidad de los ciudadanos a través de la propia Administración (responsabilidad objetiva). La culpa deja de ser, por tanto, el fundamento del sistema de responsabilidad, para convertirse en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la Administración; criterio que, sin embargo, sigue siendo indispensable para que una buena parte de hechos administrativos dañosos generen el deber de indemnizar a los perjudicados. Pero el desplazamiento de la atención del legislador, desde la conducta culpable hacia la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración, ha permitido calificar la responsabilidad administrativa como una responsabilidad objetiva⁸⁹.

El Estado resulta responsable cuando el particular sufre un daño anti-jurídico, y es tal cuando el particular no tiene el deber jurídico de soportarlo⁹⁰, o, dicho de otra forma, cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño⁹¹, siendo la antijuridicidad del efecto dañoso, subsiguiente a la actividad administrativa e imputable a la misma, lo que se revela como el elemento determinante a la hora de fundamentar la exigencia de responsabilidad⁹².

89 En el mismo sentido LEGUINA VILLA (1980), pp. 22-23.

90 De acuerdo con el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". Con ello, el legislador acogió el concepto de antijuridicidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española desde la LEF hasta hoy.

91 LEGUINA VILLA (1993). En igual sentido MARTÍN REBOLLO (1994), ha señalado que ello se produce "cuando no haya causas justificativas, legalmente previstas, que impongan el citado deber de tolerarlo".

92 MARTÍN QUERALT (1978).

CAPÍTULO II. EL SISTEMA CHILENO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

9.§ LOS PRESUPUESTOS PARA ENTENDER EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD NACIONAL. Buena parte de la evolución doctrinal sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido desarrollada en Chile desde los años 70. La razón que quizás sustenta esta situación es el hecho de que hasta esa época el debate jurídico administrativo estuvo centrado en la evolución de la jurisprudencia judicial, que al amparo de la Constitución de 1925 se extendía además al conflicto sobre la competencia contenciosa administrativa⁹³. Esto significó que en el origen la discusión se centrara en el por qué el Estado debe ser responsable y no la forma o modo en que este debía serlo, cuestión que se ve reproducida en la jurisprudencia judicial posterior a la revolución de 1891, destacándose el hecho que esta, desde el Código Civil, elaboró criterios de Derecho Público que parece interesante rescatar. Sin embargo, desde el año 1938, la jurisprudencia ingresó en un atávico proceso de distinción entre actos de gestión y actos de autoridad, siguiendo el debate comparado, lo que exigió a la doctrina de inicios de los años 70 justificar de alguna manera la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Estos hechos son fundamentales para comprender el contexto de la discusión. En nuestra opinión, la doctrina dominante de la responsabilidad objetiva absoluta (estricta), según veremos, desde los años 70, centró sus argumentos en las justificaciones de la responsabilidad patrimonial del Estado, primariamente en una conceptualización ideal del Derecho y los derechos, para luego, respaldándose en la dictación de la Constitución de

93 Vid. PIERRY ARRAU (1975/1976), p. 497. Sobre las bases del dilema de la competencia de los tribunales en asuntos contenciosos administrativos desde la Constitución de 1925, resulta necesario ver a PANTOJA BAUZÁ (2001), *passim*.

1980, específicamente en el inciso 2° del artículo 38, influenciándose de manera explícita, a lo menos una parte de ella, en el concepto de *lesión y daño antijurídico* del Derecho Español, sostener que la Constitución reconocía un sistema de responsabilidad objetiva, sin considerar el debate y análisis que la doctrina del Derecho Civil había realizado sobre el Derecho de Daños.

Este supuesto implicó que la doctrina mayoritaria buscara indubitadamente la responsabilidad extracontractual del Estado realizando interpretaciones extensivas de la Carta Fundamental que esta, por lo menos para nosotros, no reconoce en forma explícita.

El análisis que sigue tratará de demostrar lo que sostenemos y en particular tratará de ubicar las posiciones en su contexto.

10.§ ETAPAS DE NUESTRO MODELO. Para comprender el modelo de responsabilidad extracontractual chileno, es necesario clarificar la evolución que este sistema jurídico tuvo en la materia⁹⁴. Cuatro son las etapas claves que se deben tener en consideración:

a) Una primera etapa consiste en la visión panorámica hasta el año 1975, en la cual la doctrina discurría sobre la base de las construcciones jurídicas del Derecho Francés y la jurisprudencia judicial nacional descansaba en la teoría subjetiva que desarrollaba el Código Civil⁹⁵.

b) Una segunda etapa la marca la entrada en vigencia de la Ley de Municipalidades, DL N° 1.289, de 1976⁹⁶, que significó el inicio de la aceptación de una teoría de Derecho Público como fundante de la responsabilidad patrimonial del Estado.

94 PANTOJA BAUZÁ (1986), pp. 40 y 43.

95 El CC señala: "Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Este artículo es semejante al artículo 1902 del Código Civil Español, que establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño".

96 Artículo 62, inciso final: "La responsabilidad municipal procederá para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionan, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

c) Una tercera etapa en este desarrollo es el contenido y redacción del artículo 38, inciso 2° de la Constitución de 1980⁹⁷.

d) Por último, la dictación de la LOCBGAE, que consagró dos normas de responsabilidad. La primera el artículo 4° como regla de principio y la segunda el artículo 44 (42) como regulación precisa⁹⁸.

11.§ EL DESARROLLO PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DE 1980. El péndulo de la interpretación del Código Civil. La primera fase de análisis permite explicar las siguientes. Hasta antes de la dictación de la Ley de Municipalidades del año 1976, la jurisprudencia discurrió siempre sobre la base de las normas del Derecho civil.

Es posible distinguir para este período claramente dos etapas:⁹⁹

a) La primera es la jurisprudencia emitida hasta el año 1938, que fundamenta la responsabilidad desde la perspectiva del Código Civil, pero con criterios y fundamentos de Derecho público. En esta visión se inscriben "*Abalos con Fisco*"¹⁰⁰ (*), "*Morán*

97 Artículo 38, inciso 2: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o 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".

98 "Artículo 4. 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".

"Artículo 42. Los órganos de la Administración serán responsables del daño por *falta de servicio*. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

99 PIERRY ARRAU (1975/1976), pp. 471-502; CALDERA DELGADO (1982), pp. 156-157.

100 Corte Suprema, 5 de junio de 1889. *GT* año 49, sentencia N° 5.185. Responsabilidad por sacrificio especial o igualdad ante las cargas públicas.

En este caso, el Sr. Benjamín Ábalos demandó al Fisco a consecuencia de que la Intendencia de Aconcagua dictó unos decretos a fines de enero y principios de febrero de 1887 en virtud de los cuales se ordenó a la fuerza militar y algunos funcionarios administrativos que procedieran a la destrucción de los sandiales que el Sr. Ábalos tenía, por efecto de una epidemia de cólera que se había desatado el año anterior. Los decretos mencionados, además, prohibían la comercialización de la fruta en las zonas declaradas por la epidemia. La Corte sostuvo que consta que las decisiones del señor Intendente se realizaron "como una medida absolutamente necesaria para atenuar los

con Fisco”¹⁰¹ (*), “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”¹⁰² (*), “Lapostol con Fisco”¹⁰³ (*).

efectos de una epidemia terrible que amenazaba la vida de todos los habitantes del departamento”. “Que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de los habitantes de la República”.

- 101 Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1906, *RDJ*, T. 4, sección 2, p. 42. Inimputabilidad por falta personal.

En este caso se demandó de indemnización de perjuicios en contra del Fisco por daños y pérdidas causados en el mobiliario de una casa habitación en la ciudad de Quillota, ocupada por jefes y oficiales del regimiento Pisagua durante la revolución de 1891. Esta sentencia negó la indemnización pues, “para que el fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzosa de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación”. Concluye que los actos personales no comprometen la responsabilidad del Estado, aun suponiendo legalmente que sea ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que lo ejecutaron”.

- 102 Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908, *RDJ*, T. 5, sección 2, p. 55. Responsabilidad por medida desproporcionada.

En este caso la autoridad administrativa ordenó el arrojamiento al mar de bebidas que estaban en un barco de propiedad de los demandantes, para impedir apropiación por los huelguistas, y de esa manera terminar la ocupación. Sostiene que “el Gobierno debe indemnizar los perjuicios causados a un particular durante una huelga por el proceder de las fuerzas de orden que, obedeciendo una orden superior arroja al mar bebidas para impedir que caigan en poder de los huelguistas. El deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presenta ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares. En consecuencia, no probándose que el arrojar al agua la mercadería fuese medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos siguientes, debe el Fisco indemnizar el daño causado”.

- 103 Corte Suprema, 8 de enero de 1930, *RDJ*, T. 27, sección 1, p. 744. Responsabilidad por sacrificio especial o igualdad ante las cargas públicas.

En este caso el Intendente de Concepción, con el auxilio de la fuerza pública y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, impidió al demandante que continuara la explotación de canteras, la tala de árboles y otros actos de dominio en su fundo ubicado en la localidad de Penco, con el único objeto de proteger el servicio de agua potable de esa ciudad. La Corte resolvió señalando que la Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de su dominio o del derecho a ella que tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del Estado, ninguna de cuyas limitaciones concurre en el caso

b) La segunda etapa se realiza con posterioridad al año 1938, utilizando igualmente el Código Civil, en la cual se hace la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Entre ellos se cuentan “Mario Granja con Fisco” (*),¹⁰⁴ “Rettig con Fisco”¹⁰⁵ (*), “Aqueveque con Fisco”¹⁰⁶, “Arcaya

de autos; y es un principio de derecho que el que causare daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo. Las medidas dictadas por el Intendente de Concepción, dados los antecedentes que la motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública. De este modo se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal.

- 104 Corte Suprema, 11 de octubre de 1938, *RDJ*, T. 36, sección 1, p. 277. Inaplicabilidad del artículo 2320 del Código Civil (por el dependiente) por hechos de sus funcionarios.

Don Estanislao Granja transitaba por la noche, sin que mediara provocación alguna de su parte, fue herido por un carabinero que le disparó en plena calle. La Corte sostiene que el carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos que ejecute durante su servicio, en conformidad a la regla contenida en el artículo 2314 del Código Civil que establece la responsabilidad directa. El Estado es persona jurídica de derecho público que no tiene más responsabilidad directa que las que expresamente le impongan las leyes, y el título XXXV del Libro IV del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes. A mayor abundamiento, el artículo 2320 del Código Civil hace responsables de los hechos a terceras personas que estuvieren a su cuidado; pero el carabinero no está al cuidado del Fisco ni se halla tampoco en el caso de una dependencia tan estrecha que permita estimar que aquel cuenta con los medios de evitar el daño. La responsabilidad de que habla el artículo 2320 del Código Civil no afecta al Estado, menos si se toma en cuenta que esa disposición es de derecho privado y no se aplica al vínculo del funcionario con el fisco, el cual es de derecho público porque mira las relaciones de los particulares con el Estado.

- 105 Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941, *RDJ*, T. 39, sección 1, p. 343. Responsabilidad por actos de gestión.

El Sr. Rettig solicita que el fisco sea condenado a indemnizarle los perjuicios provenientes de la imprudencia temeraria de un empleado de la empresa de Agua Potable, quien llevó al río ciertos tubos que contenían gas, con el objeto de lavarlos, uno de los cuales rompió e impregnó el aire y el agua de este gas. Posteriormente animales de propiedad del señor Rettig bebieron el agua infectada con gas. Sostuvo la Corte que el artículo 2320 se refiere tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas. El fisco se halla afecto a las normas del derecho privado en las controversias sobre actos realizados por un empleado adscrito a un servicio del cual es el Estado empresario en función de meros actos de gestión. En tal evento la indemnización es de su cargo.

- 106 Corte Suprema, 17 de noviembre de 1944, *RDJ*, T. 42, sección 1, p. 392. Responsabilidad por actos de gestión.

con *Municipalidad de Valparaíso*¹⁰⁷. En este último sentido debe considerarse, a nuestro juicio, la sentencia "*Piña con Fisco*"¹⁰⁸.

Don Rafael Aqueveque entabla demanda contra el Fisco para que este sea condenado a pagarle los daños materiales y morales que le significan la muerte de su hija que fue atropellada por una camioneta de correos, por imprudencia temeraria del chofer de un vehículo del servicio de correos. La Corte sostuvo que el Fisco, representante de la entidad Estado en el orden patrimonial, responde civilmente de los perjuicios causados por un empleado suyo que desempeña funciones o presta servicios en "actos de gestión" de una repartición fiscal que tiene a su cargo servicios de utilidad pública. En ese caso no se trata de responsabilidad civil alguna del "Estado Poder" por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad, ejerciendo funciones que corresponden sólo a los poderes públicos; caso en que ciertamente, por ser actos ajenos al Derecho Privado, no podría ser aplicado el Código Civil y sería necesario que una ley especial creara la correspondiente responsabilidad estadual" [...] "El Fisco es una entidad capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones patrimoniales de derecho privado con motivo de simples actos de gestión, carácter que tienen todos aquellos en que administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicios de utilidad común que ha tomado a su cargo sólo con motivo de mayor conveniencia pública, y por ello sujeto a las ordenaciones del Código Civil".

- 107 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948; Corte Suprema, 4 de agosto de 1952. *RDJ*, T. 49, sección 1, p. 281. Responsabilidad por actos del funcionario dependiente.

En este caso, la señora Arcaya cayó en un sumidero de aguas lluvia, previamente sujeto a reparación por obreros dependientes de la Municipalidad de Valparaíso, no encontrándose señalizada la obra. La Corte de Apelaciones sostuvo que, si la Corporación demandada no ha comprobado la imposibilidad de proveer de medidas de seguridad a que por la ley se encuentra obligada, le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil. Este artículo no se limita a dogmatizar acerca de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer la responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros. En consecuencia, procede acoger la demanda en contra de una municipalidad, si de los antecedentes aparece que la actora sufrió una caída en un sumidero de aguas lluvia, pozo que quedó sin la tapa o la protección destinada a impedir la ocurrencia de accidentes a los transeúntes por descuido de los obreros municipales que no la repusieron después de ejecutar ciertos trabajos de limpieza. A su vez, la Corte Suprema señaló que la responsabilidad de la Municipalidad se basa precisamente en la culpa de la Municipalidad, o sea, en que el daño se debió a descuido o negligencia de sus obreros, de cuyos actos, responde de conformidad al artículo 2320, y aún a negligencia de ella misma.

- 108 Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 1953, *RDJ*, T. 50, sección 2, p. 11. Responsabilidad por actos de gestión.

Sin embargo, existen algunos fallos —*tercium genus*— que hacen extensible la responsabilidad mediante el Código Civil a los actos de autoridad ilícitos, aquí destaca "*Becker con Fisco*"¹⁰⁹ (*).

Este desarrollo de la jurisprudencia judicial llevó a considerar que existían ciertos espacios de irresponsabilidad estatal que eran inadmisibles. Lo anterior es necesario contextualizarlo además con lo acontecido con el artículo 87¹¹⁰ de la Constitución de 1925.

El Fisco debió indemnizar por los perjuicios causados por la muerte de una persona ocurrida al precipitarse al vacío cuando la puerta de un ascensor cuya cabina se encontraba en los pisos superiores y que funcionaba sin ascensorista, en un edificio de propiedad fiscal ocupado por las oficinas de la Dirección de Agua Potable y Alcantarillado. Indica la Corte que en los actos de autoridad los agentes o representantes del Estado en el ejercicio de la soberanía nacional, es decir, realizando actos que solo competen al Gobierno por intermedio de las autoridades establecidas en la Constitución Política, y que como tal quedan al margen de las disposiciones del derecho privado, a menos que la misma Constitución o las leyes establezcan lo contrario. En relación a los actos de gestión los agentes del Estado no actúan como representantes de la soberanía, sino como simples dependientes de una persona jurídica que tiene a su cargo la Administración de empresas o servicios en los cuales predomina un carácter comercial, por lo cual quedan comprendidos dentro del campo del derecho privado, y que solo están a cargo del Fisco o de otras autoridades solo por razones de conveniencia administrativa o social. La Dirección de Agua Potable y Alcantarillado es una dependencia fiscal que, al desempeñar sus funciones administrativas, ejecuta actos de gestión que quedan comprendidos dentro de las prescripciones de derecho privado, imponiendo al Fisco las correspondientes responsabilidades por los actos lícitos de sus dependientes.

- 109 Corte Suprema, 5 de junio de 1954, *RDJ*, T. 52, 1965, sección 1, p. 6.

D. Raúl Becker interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que no dio lugar a la indemnización de perjuicios entablada contra el fisco, causados por el atropello de que fue víctima por un radiopatrullas de carabineros. La sentencia recurrida calificó el hecho de conducir el radiopatrullas como acto de autoridad o de poder, eximiéndolo de la responsabilidad establecida en el artículo 2320 del Código Civil. La Corte Suprema en la sentencia de reemplazo, dando lugar a la demanda de indemnización, señala que los actos de autoridad son aquellos que directamente emanan de una ley o reglamento y que, si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización en contra del Estado. Cuando el acto de autoridad se ejecuta en contravención a las normas legales o reglamentarias, pierde su naturaleza de acto de autoridad para convertirse en un delito o cuasidelito civil.

- 110 Artículo 87 CPR (1925). Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conoci-

Esta norma dio origen a un gran debate sobre la competencia de los tribunales ordinarios en materias contenciosas administrativas ante la ausencia de los tribunales que conocieran de ellas¹¹¹, de manera que llevó, tal como lo ha estudiado la doctrina hasta ahora, desde la negación de la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la impugnabilidad en contra de los actos administrativos, hasta el reconocimiento de la plenitud de esa competencia¹¹². La ausencia de Tribunales Administrativos, contemplados en la Constitución de 1925 para resolver las reclamaciones que se interpusieren contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, contribuyó a tornar más drásticas y eficaces la paraleglislación y las sanciones de la Administración Pública, pues ellas carecieron de un ámbito legal preciso que debió haberles fijado el Congreso y de la jurisprudencia que habría emanado del Poder Judicial. La falta de dichas sanciones sin regulación en un contexto de amplitud creciente para su aplicación discrecional y arbitraria¹¹³ distorsionó el funcionamiento de la Administración.

Este debate es contemporáneo al de los límites, extensiones y alcances de la responsabilidad extracontractual del Estado¹¹⁴. Por ello, la doctrina durante los años 70 se esforzará por revertir estos espacios de *ajuridicidad*

miento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley.

La ley a la cual hacía referencia esta norma jamás se dictó, por lo que los tribunales contenciosos-administrativo no entraron nunca en funcionamiento.

111 Cfr. SOTO KLOSS (2003), pp. 7-75.

112 Vid. SILVA CIMMA (1959), pp. 384-386; JIRÓN VARGAS, MERY BRAVO, SARIC PAREDES (1959), pp. 201-235; RODRÍGUEZ ELIZONDO (1961), pp. 141-147; PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA (1982); PANTOJA BAUZÁ (1986), p. 3; SOTO KLOSS (1974), pp. 349-359.

113 IBÁÑEZ SANTA MARÍA (2003), pp. 159, 160.

114 PIERRY (1975/1976), p. 472, expresamente señala sobre esta controversia que "por amplio que sea el campo de la aplicación de la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa en Chile, existirá siempre un importantísimo sector del Estado que permanecerá irresponsable como consecuencia de la autolimitación impuesta por los tribunales ordinarios para conocer de la ilegalidad de los actos administrativos. Si se excluye la posibilidad que los tribunales conozcan de la ilegalidad de los actos administrativos, ello significará simplemente que los daños que ocasionen a los particulares quedarán sin reparación [...] queda, por lo tanto, reducida la responsabilidad estatal a la actividad material de la Administración en los casos en que haya existido dolo o culpa de un agente público".

y lo hará mediante la necesidad de construir una teoría constitucional de la responsabilidad y un sistema argumentativo que dejará al margen toda discusión sobre la irresponsabilidad estatal. Esto explica por qué buena parte de la doctrina de la responsabilidad estatal se encontró vinculada, en sus orígenes, a las inmunidades de la Administración. Esta se ha extendido durante largos años y ha dejado de lado el debate jurídico sobre el sistema de responsabilidad o los títulos de imputabilidad.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, con los esfuerzos de la doctrina partidaria de un sistema completamente objetivo de responsabilidad, los tribunales han seguido teniendo criterios muy dispares que nos aconsejan sostener que aún en el Derecho chileno no existe una teoría de la responsabilidad estatal plenamente aceptada, como se demostrará.

La doctrina estructuró sus argumentos sobre la base de tres criterios diversos que dan origen, en nuestra opinión, a tres visiones aparentemente diferentes: a) la doctrina de la *responsabilidad objetiva absoluta* (estricta), que afirma que la Administración debe responder por toda *lesión* que ocasione en un derecho, independiente de la naturaleza del acto generador del daño; b) la doctrina de la *responsabilidad subjetiva*, que afirma que la Administración solo puede ser responsable por *falta de servicio*, que no es otra cosa que la culpa del servicio, compatible con el contenido normativo del Código Civil; c) la doctrina de la *responsabilidad objetiva relativa*, que ve en el artículo 38, inciso 2°, de la Constitución una *garantía patrimonial* de los ciudadanos, y en la falta de servicio un sistema de responsabilidad objetiva.

A continuación, expondremos los argumentos de cada posición.

12.8 TENDENCIAS DOCTRINAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. La doctrina bajo la CPR de 1980 estructuró sus argumentos sobre la base de tres criterios diversos que dan origen, en nuestra opinión, a tres visiones aparentemente diferentes en materia de responsabilidad del Estado:

a) La doctrina de la *responsabilidad objetiva absoluta* (estricta), que afirma que la Administración debe responder por toda lesión que ocasione en un derecho, independiente de la naturaleza del acto generador del daño.

En esta teoría fue SOTO KLOSS¹¹⁵ quien desde la década de los 70 ha venido sosteniendo, al amparo de las actas constitucionales primero¹¹⁶ y, después, de conformidad al contenido y redacción del artículo 19 N°s. 20 y 24, así como del artículo 38, inciso 2°, de la Constitución de 1980, la responsabilidad extracontractual de la Administración con carácter objetivo. Será el profesor FIAMMA quien a continuación le dará el contenido a la acción y el profesor OELCKERS quien en definitiva terminará por dar forma a esta visión mediante el concepto de lesión¹¹⁷.

Esta teoría, que primó en nuestro país por más de veinte años, se construyó sobre las siguientes bases:

- i. *Es una responsabilidad constitucional y no civil.* La responsabilidad extracontractual del Estado se reconoce en el propio texto constitucional y no en norma civil alguna, de forma que no existe ni se puede aplicar criterio alguno del Código Civil, texto que sólo regula las relaciones entre los particulares, de

115 SOTO KLOSS (1986), p. 35, (1980b), p. 133, (1982a), p. 1265, (1984), p. 87, (1985a), p. 2, (1983), p. 45, (1996a), p. 244.

116 Las actas constitucionales fueron regulaciones constitucionales de carácter transitorio que dictó el Gobierno Militar, que sirvieron de base a la Constitución de 1980. Por esta vía substituyó de facto el sistema constitucional de la Carta Fundamental de 1925.

117 Esta teoría fue consistente con el ideario del Gobierno Militar, que se tradujo en el contenido y redacción de la Constitución de 1980. Es especialmente decidora la declaración de principios de 1974, en la cual se manifestará el corazón de esta manera de ver el derecho público. La Declaración de Principios del Gobierno, del 11 de marzo de 1974, que invocaba una "concepción cristiana" del hombre y la sociedad, Declaración que proclamó que todos los individuos gozaban de derechos naturales, que, por arrancar "de la naturaleza misma del ser humano", llevaban a afirmar que "el hombre es superior al Estado". Esto implica, afirmó la Declaración de Principios, "el respeto al principio de subsidiariedad", "clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria" que "presupone el derecho a la libre iniciativa en el campo económico", así como el reconocimiento del "derecho de propiedad privada", cuya "forma natural es la propiedad individual, pudiendo aceptarse también como expresión de ella la propiedad en común, en cuanto sea libremente pactada". "Se trata de hacer de Chile una nación de propietarios y no de proletarios", concluyó expresando la Declaración de 1974.

SOTO KLOSS planteó su teoría de la responsabilidad del Estado y del Derecho Administrativo en general con presidencia del sistema democrático. En efecto, fue firme partidario de una visión neoconstitucional y completamente ius naturalista del Derecho Público.

manera entonces que la acción de responsabilidad debe ser imprescriptible.

- ii. *Tiene fundamentos constitucionales diversos.* Tales como los artículos 1°, inciso 4°; 4°, 5°, 6°, 7°, 19, N° 2, 20, 22; 24 y 38. Es decir, los fundamentos son tan variados como la servicialidad y los límites a la soberanía, así como la igualdad ante las cargas públicas o el derecho de propiedad.
- iii. *Es una responsabilidad objetiva.* Esto implica que entre el hecho y el daño solo es necesario probar un vínculo de causalidad, prescindiendo de todo tipo de consideración de dolo o culpa, lo que lleva a responder de todo daño antijurídico que sufra la víctima.
- iv. *Se basa en el concepto de lesión.* Tiene como efecto que el diseño constitucional de la responsabilidad del Estado según la Constitución está construido sobre la base de la lesión antijurídica a un derecho, lo que significa que el daño que afecta a una persona no tiene que ser soportado por ella, recogiendo de esta manera el desarrollo de la doctrina y legislación del Derecho español desde 1954.
- v. *Es una responsabilidad directa u orgánica.* Es decir, el Estado responde sin consideración del autor material del acto que genera la responsabilidad a la Administración, de manera que la responsabilidad del Estado no es consecuencia de la actividad de sus empleados o dependientes, comúnmente denominada responsabilidad por el hecho ajeno.
- vi. *Es integral.* Lo que implica que la reparación a la víctima debe ser reparada totalmente, lo que incluye el daño moral.
- vii. *Reivindica la restitución como criterio básico de la responsabilidad.* Es decir, utiliza la fórmula romana del *damnum iniuria datum*, como fundamento de la responsabilidad que genera un daño, un perjuicio que comporta una injusticia debe ser reparado, sin atender a la falta cometida en origen en el hecho generador del daño.

b) La doctrina de la *responsabilidad subjetiva*, que afirma que la Administración solo puede ser responsable por falta de servicio, que no es otra cosa que la culpa del servicio, compatible con el contenido normativo del Código

Civil. Esta doctrina ha sido encabezada por el profesor PIERRY ARRAU¹¹⁸, quien desde los años 70¹¹⁹ ha venido abogando por un sistema de responsabilidad con criterios de imputabilidad subjetiva, basado en la tradición de la doctrina francesa de falta de servicio, respondiendo al avance de la doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta en la jurisprudencia¹²⁰, cuestión que desde su nombramiento como Ministro de la Corte Suprema ha defendido abiertamente.

c) La doctrina de la *responsabilidad objetiva relativa*, que ve en el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución, una garantía patrimonial de los ciudadanos, y en la falta de servicio un sistema de responsabilidad objetiva. Para PANTOJA BAUZÁ el artículo 38 es un texto político de definición y no de evolución. Con ello quiere indicar que aunque este artículo se encuentre en el párrafo dedicado a las “Bases Generales de la Administración del Estado” y se refiriera a los tribunales contenciosos administrativos, no está orientado ni tiene en la mente, al establecer su preceptiva, regular la Administración Pública, ni el orden jurisdiccional¹²¹. Estas organizaciones son solo los puntos de apoyo de la norma, que ve en ellos al autor del daño y al órgano reparador del perjuicio, respectivamente, como referentes obligados de la cláusula indemnizatoria general que consagra, garantizando, más bien, la integridad del patrimonio del ciudadano a través de la prohibición implícita que dirige perentoriamente a los órganos de la

118 Para entender la posición del profesor PIERRY ARRAU debe indicarse que él había sido abogado, Procurador Fiscal y miembro del Consejo de Defensa del Estado.

119 PIERRY ARRAU (1975/1976), pp. 471-502; (1995), p. 17 y 287, (2000), p. 11.

120 En este criterio de imputabilidad subjetiva lo ha acompañado QUINTANILLA PÉREZ (2000), pp. 41-66. En el mismo sentido se encuentra el también abogado del Consejo de Defensa del Estado y profesor de Derecho Administrativo LETELIER WARTENBERG (2002), pp. 149-187.

121 PANTOJA BAUZÁ (1986), p. 42. Sin embargo, años más tarde PANTOJA (2002), p. 55, sostendrá una tesis más amplia sobre el contenido de esta norma. En efecto, afirmará que el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución consagró las bases constitucionales de un sistema de justicia administrativa: su historia fidedigna habla de las acciones que podrán interponerse, reparatorias y anulatorias; de la legitimación activa y pasiva en el proceso; de los tribunales que han de conocer de los conflictos jurídicos administrativos en el país y de la relación entre esas magistraturas y la Corte Suprema de Justicia o la Administración, en su caso confiando al legislador la misión de materializar ese mandato constitucional dentro de los amplios márgenes que fija el texto en la actualidad, cuyo sentido aparece claramente fijado por la historia fidedigna de su establecimiento.

Administración Pública de afectar la esfera subjetiva propia de cada sujeto jurídico, bajo apercibimiento de Derecho, apercibimiento que no es otro que la habilitación que franquea a “cualquier persona que sea lesionada” con ese actuar para recurrir jurisdiccionalmente y obtener de los tribunales contenciosos administrativos la reparación del daño causado¹²².

Esto significa que el artículo 38, desde esta perspectiva, fue “construido sobre la base expresa de construir un sistema reparatorio” que se basaría en “el daño causado y su imputación a un órgano administrativo”. “Esta norma entonces —señala— ha de ser la base del sistema de responsabilidad que ha de regir al Estado Administración, conforme a una concepción objetiva de responsabilidad por daño”¹²³.

13.§ TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD. Difícil resulta afirmar que la jurisprudencia ha tenido un criterio uniforme en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Por el contrario, coetáneamente los mismos tribunales resuelven asuntos de responsabilidad con fundamentos a ratos diametralmente opuestos. Si bien de forma mayoritaria la jurisprudencia ha entendido que el fundamento de la responsabilidad está en el Derecho Público, el sistema aplicable, es decir, los criterios de imputabilidad, la carga de la prueba y la lógica de justicia o asegurativa de la responsabilidad, termina siendo muy diverso. Por eso nosotros creemos que la jurisprudencia judicial vacila permanentemente frente a una doctrina con posiciones en que los aspectos centrales de la teoría de la responsabilidad patrimonial resultan completamente diversos.

A continuación se revisarán las tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema a partir de la dictación de la CPR de 1980 en adelante.

14.§ PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA: RESPONSABILIDAD OBJETIVA, CONSTITUCIONAL E IMPRESCRIPTIBLE (1980-2001). Durante 20 años la jurisprudencia mantuvo un criterio mayoritario

122 PANTOJA (2001), p. 42.

123 PANTOJA (2001), pp. 42 y 43.

en torno a considerar la responsabilidad de la Administración como una responsabilidad de carácter objetivo, constitucional e imprescriptible, y cuyo principal argumento fue aquel que desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva absoluta, en el sentido de que *nadie puede ser privado de lo suyo*, y enseguida, al disponer que el concepto *lesión* garantiza la indemnidad del patrimonio frente a cualquier comportamiento estatal que genere ese daño antijurídico.

14.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. Nadie puede ser privado de lo suyo. Desde el comúnmente citado caso *Galletué*¹²⁴ (*), en el año 1984, la Corte Suprema sostuvo que existen “*numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la Administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies. [...] [L]a prohibición, [por parte de un decreto supremo que prohibía la explotación de la “araucaria”] aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios [...], no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia. La razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la Administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 N° 24 [...], el artículo 19 N° 7 letra i) [...], el artículo 19 N° 26 [...], el artículo 41 en su N° 8° [...]. Entre otros, los artículos 1°, 5°, 7° y 38 de la Carta*

124 RDJ, T. LXXXI (1984), N° 3, sección 5. Corte Suprema de Justicia, 7 de agosto de 1984. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas (equidad). Un DS del Presidente de la República declaró a la “Araucaria” (árbol en extinción) monumento natural, de conformidad a la Convención de Washington sobre bellezas escénicas y protección de la flora, prohibiendo a los propietarios en consecuencia explotar sus bosques.

Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, *claramente prescribe la responsabilidad del Estado*”¹²⁵⁻¹²⁶.

125 En el mismo sentido: “*Rodríguez Guaita con SAG*”, GJ N° 173, Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1994, responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas; “*Quintana con SAG*”, GJ N° 162, Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993, responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso “*Playas*”.

126 Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso semejante a “*Galletué*” sostendrá que “el Decreto Supremo, que declara monumento natural la Araucaria Araucana establece una clara y evidente limitación al derecho de propiedad de que son titulares los dueños de predios forestales al imponérseles la prohibición de cortar, explotar y comercializar la especie vegetal referida, pero ella se encuentra amparada en la Constitución en cuanto se permite en razón de la conservación del patrimonio ambiental”, por lo cual no puede ser reprochado jurídicamente, porque no constituye ni una expropiación y menos una confiscación. “*García Sabugal, Mario con Ministro de Agricultura*”, RDJ, T. LXXXVII (1990), N° 2, sección 5. Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1991, confirmada por la Corte Suprema, 10 de julio de 1990.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Santiago, años después en el caso conocido como “*Sociedad Lolco con Fisco*” (Rol N° 6828-1999, 21 de noviembre de 2003, confirmada, con prevenciones, por la Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004), volverá sobre el criterio de igualdad ante las cargas públicas, precisamente por el DS que declaraba la Araucaria como monumento natural, señalando que “la ruptura del principio de *igualdad ante las cargas públicas* permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad, pueda obtener una reparación, con cargo al Estado, en la medida que la carga pública impuesta en beneficio común, la perjudique exclusivamente o afecte a un número determinado de sujetos. Este punto de vista, ampliamente desarrollado en países europeos de sólida tradición ius-administrativa, sirve de basamento a la llamada, en el derecho francés, *responsabilidad sin falta* que exige, para su configuración, de la existencia de un *daño anormal, especial y grave* (considerando 12)./ Que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad ordinaria o por falta de servicio, la variable en análisis se sujeta a parámetros distintos, con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial experimentado por el sujeto pasivo, en beneficio del interés general. En efecto, el constituyente garantiza que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que ella recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino mediando expropiación y previo pago de indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado; cuando y como ocurre en la especie, la Administración del Estado pone en aplicación un tratado internacional, como lo es la Convención sobre Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, incorporada al derecho interno como norma vinculante de rango legal, no hace sino poner en ejecución una norma

Siguiendo con esta forma de entender la responsabilidad, la Corte Suprema en 1987 insistía, en la ya tradicional sentencia “Hexagón”¹²⁷ (*), que solo en virtud de una ley es posible que alguien se vea privado de lo suyo o se le impongan limitaciones y obligaciones a su propiedad que deriven de la función social de esta, afirmando que “[...] *todo daño inferido por un órgano del Estado, implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su situación jurídica y según se ha visto nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio [...]*”, salvo en los casos que la Constitución indica. “*En consecuencia un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales genera responsabilidad [...]. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de [lo establecido en la norma constitucional sobre] ‘la igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas’.* Así es como todo daño que produzca un órgano del Estado implica, según se ha dicho, un menoscabo o *lesión en lo suyo* para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que sólo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma constitucional debiendo ser resarcida por el Estado”.

de este carácter, a consecuencia de la cual se han generado daños de naturaleza asimilable a los causados con motivo de una expropiación, por lo cual la doctrina suele denominarlos *cuasi-expropiatorios* (considerando 15)./ Que la legitimidad de la competencia exteriorizada a través del acto administrativo que declara monumento natural a la araucaria araucana, *justifica la aplicación de un criterio de resarcimiento patrimonial similar al utilizado por el constituyente para indemnizar al afectado por un acto expropiatorio, igualmente legítimo* (considerando 16)”.

Sobre la manera de comprender esta sentencia y “Galletué”, ver VALDIVIA (2005), *passim*.

- 127 RDJ, T. LXXXIV (1987) N° 3, sección 5. Corte Suprema, 28 de julio de 1987. Responsabilidad por comportamiento arbitrario del servicio. El Servicio de Impuestos Internos en 1977 paralizó unas liquidaciones de importación de automóviles de una empresa. Esta consideró ilegal la medida, por lo cual recurrió de protección (recurso de amparo), el que fue acogido acusando la medida del servicio de “abusiva”, ordenando la liquidación. Los demandantes interpusieron la demanda de perjuicio en contra del Fisco en marzo de 1981.

En 1996, el Tribunal Constitucional en el caso “Playas”¹²⁸, que corresponde a la única sentencia en la cual se ha pronunciado sobre esta materia, reprodujo el mismo predicamento al sostener que “[...] *si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño [...]* constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración. Además, sobre el particular cabe destacar que el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad. De tal manera que, si se causan daños, éstos deben pagarse”.

De esta manera la Corte Suprema mantuvo sistematicidad en la aplicación de este criterio como fundamento central de la responsabilidad y como consecuencia de un sistema de imputación objetivo. Por ejemplo, en el caso “Quintana” (2001)¹²⁹ (*), que tiene precedentes en casos similares de los años 1993¹³⁰ y 1994¹³¹, la Corte Suprema sostuvo que cuando se ha producido un sacrificio de animales con el objeto de evitar propagar una enfermedad, el fundamento de indemnizar el daño que “[...] *resulta [de] un hecho dañoso de un órgano de la Administración del Estado, radica en las normas constitucionales citadas, las cuales han sido entonces dejadas*

- 128 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245; 2 de diciembre de 1996. El Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, procedió a establecer la obligación de los dueños de los predios colindantes a playas (de mar o lagos) de permitir el libre acceso de las personas a dichos bienes nacionales de uso público, disponiendo de una serie de exigencia que permitieran el precitado acceso.

- 129 RDJ XC VIII (2001) N° 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas. A través de una resolución administrativa el Director del Servicio Agrícola y Ganadero restringió el uso del suelo de un predio fronterizo con Argentina, impidiendo que esta lo dedicara al talaje, con el objeto de impedir la propagación de una epidemia animal (fiebre aftosa) que azotaba al vecino país.

- 130 “Quintana con SAG”, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993, responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

- 131 “Rodríguez Guaita con SAG”, GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1994.

indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política del Estado”.

Así, la Corte Suprema mantuvo un criterio uniforme en el tiempo, aunque con excepciones, en virtud del cual consideró que la responsabilidad extracontractual del Estado tenía fundamento constitucional, articulado en la protección o indemnidad del patrimonio, reafirmando la tesis de que el hecho lesivo de la Administración constituye una *privación de lo suyo* y que en consecuencia es título suficiente de responsabilidad desde la perspectiva de la víctima.

Este concepto se reforzará con la idea de que el fundamento final de la responsabilidad objetiva será el concepto *lesión* del inciso 2° del artículo 38 de la Constitución.

14.2. LA OBJETIVACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD. El artículo 38, inciso 2°. De conformidad con el criterio recién señalado, la Corte Suprema siguió ampliando los supuestos que fundaban la responsabilidad objetiva del Estado. Para eso utilizó la denominación *lesión* del artículo 38 de la CPR y la transformó en un título de imputación objetiva para la Administración, cuestión que fue seguida por las Cortes de Apelaciones.

En el caso “*Quintana con SAG*”¹³² (*) la Corte Suprema afirmó que del inciso 2° del artículo 38 se desprende la responsabilidad de la Administración, “[...] *aunque el daño provenga de una actuación lícita, con tal que exista relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido*”.

132 “*Quintana con SAG*”, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas. A través de una resolución administrativa el Director del Servicio Agrícola y Ganadero restringió el uso del suelo de un predio fronterizo con Argentina, impidiendo que esta lo dedicara al talaje, con el objeto de impedir la propagación de una epidemia animal que azotaba al vecino país.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso “*Rodríguez Guaita*”¹³³, afirmó que este era “[...] un caso típico de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad administrativa, tal como lo establece el artículo 38 de nuestra Carta Fundamental, el que consagra el principio general de que todo daño ocasionado por la Administración y que provenga de alguna acción u omisión emanada de alguno de sus órganos debe ser indemnizado. Tal como lo dispone la norma constitucional ya referida, ‘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 las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que hubiere causado el daño’”. Insiste la Corte en que de esta norma se desprende inequívocamente que “[...] el motivo del daño debe provenir de una actuación administrativa, a condición, naturalmente, que entre la causa del perjuicio y este haya mediado un vínculo o relación de causalidad directo”. Afirma categóricamente que la redacción del artículo 38 nos lleva a concluir que es “[...] de toda evidencia que para los efectos de hacer exigible la obligación de indemnizar el perjuicio, la norma no atiende [...] a la circunstancia de que el daño sea producto de una actuación regular como sucedió en la especie, o irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio o por una actuación ilícita del agente o funcionario”. De este modo, para la Corte, constatado el daño, su origen y causalidad, se desprende la imputación del mismo directamente en el órgano administrativo, siendo indiferente que el perjuicio haya tenido su origen en una actuación regular, como sucedió en la especie, o en una falta o culpa personal del agente o funcionario público.

En el caso “*Quintana y otros con Fisco*” (*), la Corte Suprema reiteró su criterio, precisando que “[...] el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política, al establecer 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, [...]’ obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una

133 “*Rodríguez Guaita con SAG*”, GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1994. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas. El Servicio Agrícola y Ganadero adoptó idéntica medida de prohibición de explotación de predios agrícolas, que en el caso *Quintana con SAG*.

'lesión patrimonial', lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aún sin ser ilegal aquel acto"¹³⁴.

En "*Salas Salazar*", la Corte de Apelaciones de Santiago, siguiendo los criterios precedentes, afirma que esta norma contiene "[...] una obligación reparatoria en favor de cualquier persona que sea lesionada en sus derechos –sin limitación ni restricción alguna– por algún órgano de la Administración del Estado, responsabilidad indemnizatoria que tiene un carácter objetivo y que no requiere necesariamente, para su procedencia, que el funcionario público o persona natural que hubiere cometido el acto que produjo el daño haya tenido o no alguna clase o grado de culpa o responsabilidad en lo personal, sea esta civil o penal"¹³⁵.

La misma Corte, en el caso "*Beraud con Fisco*"¹³⁶, profundiza sobre su lectura del artículo 38, inciso 2º, de la Constitución, al señalar que este "[...] 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 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"¹³⁷.

134 "*Quintana y otros con Fisco*", RDJ XCVIII (2001) N° 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

135 "*Salas Salazar con Servicio de Salud Metropolitano Norte*", GJ N° 243. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 2000. Responsabilidad por atención hospitalaria.

136 "*Beraud con Fisco*", Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 1995, considerando 37, Rol N° 49556-1993. Responsabilidad por mala praxis médica. Un Ministro de la Corte Suprema fue sometido a una operación en la cadera derecha en un hospital público, pero por equivocación del equipo médico le operaron la cadera sana, dejando consecuencias en ambas caderas.

137 Pese a esta mayoritaria posición jurisprudencial, y confirmando las contradicciones jurisprudenciales, la propia Corte Suprema ha indicado que "[...] para que tenga lugar la acción indemnizatoria en materia extracontractual, se requiere un hecho doloso o culposo, perjuicios y un nexo causal entre el actuar indebido y los daños ocurridos, lo que no ocurre en este caso, por cuanto no es posible sostener que la autoridad haya

14.3. IMPRESCRIPTIBILIDAD. (INAPLICABILIDAD DEL CÓDIGO CIVIL). Como consecuencia de estos criterios, propios de la doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta, era inevitable para la jurisprudencia sostener que la acción de responsabilidad era de carácter imprescriptible, cuestión que quedó sellada en adelante por la Corte Suprema a través de la sentencia "*Hexagón con Fisco*" (*) al señalar que "[...] forzoso es 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 N°s 2 y 3 y, en la actualidad, en la Constitución de 1980 y 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. Es por todo lo anterior que este primer grupo de infracciones de ley denunciadas en el recurso debe ser desestimado, pues la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 2332 del Código Civil al no darle aplicación"¹³⁸.

De este modo, la Corte Suprema mantuvo este criterio de imprescriptibilidad de la acción, el cual era compatible con la jurisprudencia que la misma Corte contemplaba para la acción de nulidad de Derecho público y que llevó a los tribunales inferiores a resolver en igual sentido.

14.4. LOS FONDOS INDEMNIZABLES SON COMPATIBLES CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. En este marco, se sostuvo en el caso "*Rodríguez con SAG*" (*), criterio seguido por el caso "*Quintana y*

actuado doloso o culposamente, si se ajustó en su actuar a los textos legales". "*Cantero Prado con Fisco*", RDJ, T. XCVI (1999) sección 5, N° 2. Corte Suprema, 27 de mayo de 1999. También en GJ N° 226. Responsabilidad por nulidad de derecho público.

138 "*Hexagón con Fisco*", RDJ, T. LXXXIV (1987) N° 3, sección 5. Corte Suprema, 28 de julio de 1987. Responsabilidad por comportamiento arbitrario del servicio. En el mismo sentido, "*Galletué con Fisco*" y "*Playas*".

Como se verá, la tesis de la imprescriptibilidad será revisada por la Corte Suprema y muy circunstancialmente volverá sobre ella en contados casos en materia de violaciones a los Derechos Humanos. Ver en este sentido: "*Vergara Uribe con Sanhueza Ros y otros, y Fisco de Chile*", Rol N° 6308-2007. Corte Suprema, 8 de septiembre de 2008; "*Ortega Fuentes con Fisco*", Rol N° 2080-2008. Corte Suprema, 8 de abril de 2010.

otros con Fisco", que cuando la ley establece un fondo indemnizable frente a medidas adoptadas por la Administración, como es el caso del sacrificio de animales con el objeto de evitar la propagación de la fiebre aftosa, el hecho que la ley explícitamente contemple una norma y un fondo para compensar a las víctimas, no exime de responsabilidad al Estado. Sostuvo la Corte Suprema que "[...] en relación con los argumentos consignados, cabe señalar que *en realidad no es de la ley N° 18.755, de 1989, de donde emana la obligación del Estado de indemnizar los eventuales perjuicios que pudieren haber ocasionado las actuaciones del demandado, sino del artículo 38 de la Constitución*"¹³⁹, de manera que en lo no cubierto por el fondo, el Estado debe compensar los perjuicios por efecto de su responsabilidad objetiva de carácter constitucional.

15.8 SEGUNDA ETAPA Y EL FACTOR MARÍN: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO, LEGAL Y PRESCRIPTIBLE. Denominamos *factor Marín* al giro jurisprudencial que tuvo la Corte Suprema en materia de responsabilidad patrimonial del Estado desde el ingreso a este Tribunal del Ministro Urbano Marín¹⁴⁰.

Son sentencias de su redacción las que han marcado el giro conceptual en torno a los fundamentos constitucionales de la responsabilidad. Es decir, el paso de un sistema de responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible; a uno de carácter legal, con imputabilidad por falta de servicio y prescriptible. Impacto que también se ha dejado sentir, por la influencia del mismo Ministro, en el tradicional tema de la invalidación y la nulidad de Derecho público¹⁴¹.

139 "*Rodríguez Guaita con SAG*", GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1994. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas. En el mismo sentido "*Quintana y otros con Fisco*", RDJ XCVIII (2001) N° 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

140 Urbano Marín fue nombrado en 1999 como consecuencia de la reforma constitucional, Ley N° 19.541, que permitió integrar como Ministros de la Corte Suprema a abogados extraños al Poder Judicial, con destacada trayectoria profesional o universitaria. El Sr. Marín fue durante más de 20 años abogado de la Contraloría General de la República.

141 En efecto, hasta antes de la llegada del Ministro Urbano Marín, la Excma. Corte Suprema sostenía que la Administración carecía de potestad invalidatoria, toda vez que

El caso emblemático en esta materia es sin duda "*Domic Bezic*" (*), sentencia que la Corte Suprema pronunció en mayo de 2002. Los hechos se ocasionan como consecuencia de que, en octubre de 1973, el Sr. Jorge Jordán Bezic fue muerto en un recinto militar de la ciudad de La Serena, hecho que consta en el Informe Rettig¹⁴². Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia acogieron la demanda y condenaron a pagar las indemnizaciones respectivas por concepto de daño moral, en el entendido que la responsabilidad del Estado es de carácter constitucional, objetiva y que además es imprescriptible, siguiendo la tesis mayoritaria aceptada hasta la fecha por la Corte Suprema, y adicionando como antecedente el hecho que la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra declara estos delitos como imprescriptibles. Interpuesto el recurso de casación, la Corte decide cambiar su criterio sistemático, remeciendo los cimientos sobre los cuales fue construida argumentalmente la tesis de la responsabilidad del Estado hasta la fecha.

no podía aprovecharse de su propio error. En el mismo sentido, se afirmaba que los vicios de los actos administrativos implicaban una nulidad *ipso jure*, de forma que el juez solo la constataba, de manera que en torno a ella también existía una acción de carácter imprescriptible. Ambas tesis, fueron sostenidas por SOTO KLOSS, el mismo autor que influyó a la Corte Suprema, a través de la doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta. Vid. en este sentido JARA SCHNETTLER (2004), *passim*.

De este modo, la primera sentencia en esta materia fue el caso "*Salinas Lolic, Vjerska, con Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar*", RDJ T. XCVI (1999), N° 3 (septiembre-diciembre), sección 5ª.

142 El Informe Rettig es consecuencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación, que fue creada en 1990 por el Presidente Aylwin, y que tuvo por objeto recopilar los antecedentes sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el Gobierno Militar, en particular las ejecuciones sumarias y la desaparición forzosa de personas. El informe que elaboró esa comisión fue conocido como el Informe Rettig, por el nombre del jurista Raúl Rettig que la presidió, y se basa en el análisis de los testimonios recogidos en todo el país sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. De acuerdo con el informe, las víctimas eran 2.279, de las cuales 164 fueron consideradas por la comisión como víctimas de la violencia política y 2.115, de las violaciones a los derechos humanos.

Como consecuencia de este informe se creó, mediante Ley N° 19.273, la Corporación de Reparación como servicio público que tuvo por objeto dar asistencia a las víctimas, así como acreditar la condición de ejecutado político, con el objeto de que sus familiares accedieran a un fondo de compensación para las víctimas.

15.1. LA CONSTITUCIÓN NO ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD. El título de imputación general es la LOCBGAE, en particular la falta de servicio. Con esta sentencia la Corte Suprema inaugura una nueva etapa en la materia. Sostiene que es “[...] *pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla [...]*”¹⁴³. Así, no considera que el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución, sea el fundamento de la responsabilidad del Estado, y menos una responsabilidad de carácter objetivo, sino tan solo da posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado¹⁴⁴.

Esta cuestión es aún más categórica en otra sentencia redactada por el Ministro Marín, denominada “*Figueroa Gallardo*”¹⁴⁵, en mayo de 2002. En esta sentencia la Corte Suprema precisa que la Constitución establece un principio de responsabilidad, pero sus preceptos “[...] *no establecen cuál es la naturaleza de ésta, sino se remiten a la ley para determinarla, lo que hacen los artículos 4º y 44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, al señalar, en general, 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 y, en especial, respecto de los Ministerios y organismos regidos por el Título II del mismo cuerpo*

legal, que los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio y que, no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal [...]”.

En idéntico sentido, la Corte Suprema reproduce este argumento en el caso “*Hernández Espinoza*”¹⁴⁶, en abril de 2003, al señalar que “[...] *el artículo 38 de la Carta Fundamental [sólo] confiere, a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño; derecho cuyo ejercicio permite a la jurisdicción ordinaria conocer y juzgar las acciones de resarcimiento fundadas en actos irregulares de la Administración. Por lo tanto, si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación [...]*”.

Para la Corte Suprema, en consecuencia, el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado es la LOCBGAE, y el título de imputabilidad específico será la falta de servicio. Este criterio lo ha seguido repitiendo con bastante consistencia hasta ahora.

15.2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Definido por la Corte Suprema en “*Domic Bezic*” (*) que el sistema de responsabilidad del Estado no es un sistema de carácter objetivo regulado en la Constitución, la Corte vuelve sobre el argumento adicional: la prescriptibilidad. En este caso el Tribunal sostiene que “[...] *el hecho que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en conformidad a disposiciones que se comprenden en el mismo*

143 “*Domic Bezic con Fisco*”, Rol N° 4753-2001. Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

144 Este es el criterio que se terminó por consagrar en la sentencia “*Robles con Fisco*” en enero de 2003, al sostener la Corte Suprema que “[...] el artículo 38 de la Constitución se limita a distinguir entre la acción dirigida contra el Estado y aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, pero no tiene los alcances que le da el recurrente. La norma establece el derecho de los particulares para accionar en contra del Estado ante los tribunales ordinarios en caso que sean lesionados sus derechos [...]”. Corte Suprema de Justicia, 23 de enero de 2003. Rol N° 3192-2001.

145 “*Figueroa Gallardo con Fisco*”, Rol N° 3427-2001. Corte Suprema, 8 de mayo de 2002. Responsabilidad por muerte de funcionario en el desempeño de sus funciones. Falta de imputabilidad por falta de servicio. En este caso un conductor de un servicio público recibió la orden de un superior jerárquico de cambiar la rueda averiada de un camión que él conducía. Dada su inexperiencia en estos asuntos, lo realizó equivocadamente y el vehículo cayó sobre él, falleciendo en el acto.

146 “*Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción*”, Rol N° 1290-2002. Corte Suprema, 30 de abril de 2003. Responsabilidad por mala *praxis* médica. Una mujer con motivo de su internación y posterior intervención quirúrgica, consistente en una mamoplastia reductiva bilateral, que se le practicó por profesionales médicos de un hospital público, sufre infección intrahospitalaria que no fue atendida con posterioridad por el servicio médico.

sector del Derecho, porque lo cierto es que la prescripción no es ajena a esas normativas, atendido su carácter universal y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario. La idea de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común [...]"¹⁴⁷.

Este criterio será repetido nuevamente por la Corte Suprema en dos casos posteriores, ambos redactados por el Ministro Marín, relativos a materias vinculadas con el caso "Domic Bezic".

El primero es "Pizani", sentencia que pronunció la Corte Suprema en abril de 2003. En ella la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió acoger una demanda por daño moral a consecuencia del secuestro y desaparición de don Juan Chamarro Arévalo el día 16 de septiembre de 1973 y la negativa posterior del Estado de devolverlo con vida o entregar información sobre su paradero, hecho que consta en el Informe Rettig. Como consecuencia del acogimiento de la demanda el CDE interpuso un recurso de casación. En este caso, siguiendo con la doctrina establecida en "Domic Bezic", la Corte afirma que "[...] la naturaleza especial de la responsabilidad extracontractual del Estado y el hecho de estar sujeta a reglas y principios pertenecientes al Derecho Público, no impiden que ciertos aspectos de esta responsabilidad, como son los relativos a la indemnización de los daños injustamente irrogados por la actividad estatal queden sometidos a las disposiciones del Derecho Común, a falta de una normativa propia del Derecho Público [...]"¹⁴⁸, toda vez que, en su opinión, "[...] como quiera que la prescripción es una institución de orden público cuyo fundamento se vincula con consideraciones de utilidad y seguridad jurídica, entre

ellas, la certeza y consistencia de los derechos, no debe extrañar que la imprescriptibilidad de ciertas acciones sea siempre excepcional y requiera de una declaración legal expresa [...] y que, en ausencia de disposiciones específicas de Derecho Público relativas a la materia, deban regir las normas del derecho común [...]"¹⁴⁹.

El segundo caso es "Cortés Barraza", sentencia que pronunció la Corte Suprema el 7 de mayo de 2003. D. Hipólito Cortés Álvarez fue detenido el 22 de septiembre de 1973 y fusilado el 16 de octubre del mismo año en el interior del regimiento Arica, siendo su cuerpo encontrado y exhumado en noviembre del año 1998. Este hecho, al igual que en los casos anteriores, también consta en el Informe Rettig. En este caso, la Corte vuelve a insistir en su tesis de la prescriptibilidad, precisando la naturaleza de los daños. Sostuvo que "[...] [e]l resarcimiento de los daños efectivos o morales experimentados injustamente por los individuos es, en rigor, un asunto de índole pecuniaria y —conforme a lo razonado— no hay norma positiva alguna que establezca, en esta materia, la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal [...]"¹⁵⁰.

Finalmente, en todas estas sentencias ("Domic Bezic", "Pizani" y "Cortés Barraza") la Corte Suprema establece que no se aplica la imprescriptibilidad de la Convención de Ginebra, toda vez que "[...] la exoneración allí contenida no es una norma expresa de imprescriptibilidad para acciones de naturaleza patrimonial o pecuniaria, de manera que [...] no existe impedimento en nuestro ordenamiento jurídico para que operara la prescripción de las acciones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad del Fisco de reparar daños cuya indemnización se intenta, es decir, para perseguir una responsabilidad distinta a la penal cuya exoneración excluye ese precepto de la Convención [...]"¹⁵¹.

Este criterio de prescriptibilidad ya había sido aceptado por algunas Cortes de Apelaciones, aunque no de manera uniforme. Por ejemplo, en

147 Considerando 3 de la sentencia de reemplazo, "Domic Bezic con Fisco", Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Rol N° 4753-2001. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

148 "Pizani con Fisco", Rol N° 1234-2002. Corte Suprema de Justicia, 15 de abril de 2003. Responsabilidad por violación a derechos humanos. Considerando 1 de la sentencia de reemplazo.

149 Ibídem, considerando 6 de la sentencia de casación.

150 "Cortés Barraza con Fisco", Rol N° 1558-2002. Corte Suprema de Justicia, 7 de mayo de 2003. Responsabilidad por violación a derechos humanos. Considerando 7. Este criterio lo ha repetido sistemáticamente con posterioridad.

151 Ibídem, considerando 5.

el caso “*Patosi*”¹⁵² se indica que “[...] en materia de prescripción, el espíritu general de nuestra legislación, tanto de aquella que conforma el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, es que las acciones que en ella encuentran su fuente sean prescriptibles [...]; constituyendo la imprescriptibilidad una situación de excepción que se presenta únicamente en aquellos casos en que la ley, mediante texto expreso, así lo dispone. [...]”. En este orden de ideas, tratándose de la acción indemnizatoria proveniente de la responsabilidad del Estado, ella no puede quedar al margen de la aplicación del mencionado principio, máxime cuando se trata de una acción de carácter pecuniario que se incorpora, verificados el factor de atribución y el daño que la generan, al patrimonio privado de quien aparece como su titular. Es por ello que por aplicación del espíritu general de nuestra legislación en materia de prescripción, y ante el silencio de nuestro ordenamiento tratándose de esta institución en el caso sub lite, no cabe sino concluir que la acción indemnizatoria proveniente de la responsabilidad del Estado necesariamente ha de considerarse prescriptible”.

Este criterio ha sido confirmado en el caso “*Boloña*” al establecer que la acción de responsabilidad extracontractual del Estado tiene por objeto “[...] una reparación pecuniaria y al no existir norma alguna que disponga la imprescriptibilidad de la misma, no hay razón legal para dejar de aplicar las normas de prescripción que establece el Código Civil, específicamente la del artículo 2332, que contempla para la prescripción de las acciones emanadas de la responsabilidad extracontractual un plazo de 4 años contados desde la perpetración del acto que la genera”¹⁵³.

152 “*Patosi con Zambrano y Fisco*”, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2000. Responsabilidad por negligencia médica. Un médico de un hospital público, procesado por cuasidelito de lesiones por la intervención médica que le cupo, procedió a colocar yeso en la fractura que sufrió la afectada en su muñeca izquierda sin proceder, previamente, a efectuar la correspondiente reducción y citándola para un nuevo examen a realizarse días después, lo que derivó para la víctima en una mala consolidación ósea que le produjo secuelas tales como deformidad e impotencia funcional en la referida articulación.

153 “*Boloña con Fisco*”, Rol N° 3455-1998. Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2003. Responsabilidad por exoneración política. Se concedió recurso de casación el 10 de junio de 2003. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2246-2003.

15.3. INCOMPATIBILIDAD CON LOS FONDOS INDEMNIZABLES. Este es otro de los aspectos afectados por el cambio de giro de la jurisprudencia, como consecuencia del factor *Marín*. Previamente, la Corte Suprema sostuvo que los fondos que establecían montos de indemnización eran compatibles con las acciones de indemnización de daños (“*Quintana con SAG*”) como consecuencia de que el artículo 38 de la CPR operaba con independencia de la ley que confería una indemnización legal. Desde el caso “*Domic Bezic*” la Corte declara incompatibles las acciones de responsabilidad con las leyes que establecen fondos indemnizables, admitiendo por esta vía la limitación legal de los montos a indemnizar.

Afirma que “[...] de estos antecedentes se infiere que si la mencionada pensión tiene por objeto reparar el daño moral sufrido por las víctimas (de la represión política), no es posible dejar de considerar el otorgamiento de ese beneficio al pronunciarse sobre una demanda de indemnización del mismo daño deducida por personas que tienen dicha calidad y que han impetrado y recibido la bonificación compensatoria y demás prestaciones que consultó la Ley N° 19.273 (de reparación a las víctimas), todas las cuales tienen naturaleza y contenido pecuniarios, se financian con recursos del Presupuesto de la Nación y persiguen análogas finalidades reparatorias de los perjuicios de los afectados. En abono del criterio expuesto cabe tener presente, además de los términos de la compatibilidad definida por el artículo 24 del citado cuerpo legal, que el goce de la pensión de reparación y otros beneficios establecidos en sus normas no puede ser conciliable con el pago por parte del Fisco de una indemnización por el mismo concepto, si se recuerda que indemnizar importa resarcir de un daño o perjuicio, es decir, [...] reparar[,] compensar un daño, perjuicio o agravio, de acuerdo con el sentido natural y obvio de estos términos. Que la creación de la pensión de reparación y los demás beneficios antes descritos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos individualizadas en el Informe al que se remitió la ley, importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas la que se hizo efectiva por el legislador mediante el otorgamiento de todos esos beneficios. Que, al margen de lo expresado, corresponde señalar que la circunstancia de haber impetrado y obtenido la mencionada pensión de reparación y otros beneficios otorgados por la Ley N° 19.273, según consta en autos, en todo caso impedía a los actores reclamar del Fisco la indemnización perseguida en su demanda, en la medida que aquellos beneficios

legales tienen el mismo fundamento y análoga finalidad reparatoria del daño moral cuyo resarcimiento pretende la acción intentada en este juicio y ellos son financiados con recursos fiscales, conforme se desprende de lo establecido en el Título VI de ese texto legal¹⁵⁴.

CAPÍTULO III. LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE RESPONSABILIDAD GENERAL

154 “*Domic Bezic con Fisco*”, Rol N° 4753-2001. Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

16.§ EL ORIGEN NORMATIVO EN EL DERECHO CHILENO. Desde que en el año 1976 se dictó la Ley de Municipalidades¹⁵⁵ y específicamente la regla del artículo 62 inciso final¹⁵⁶, en la cual se establecían dos de las clásicas causales de falta de servicio elaborada por la jurisprudencia francesa, se produjeron interpretaciones divergentes, entre quienes veían en esa regla una explicación convencional del derecho francés —un sistema de responsabilidad propio, público y objetivo—¹⁵⁷, de otros que veían en él una reproducción de un sistema de culpa compatible con el sistema de responsabilidad del Código Civil¹⁵⁸.

Esa divergencia se manifestará durante largos años en nuestra doctrina y jurisprudencia. La razón fundamental, como he explicado en otro momento¹⁵⁹, es que la doctrina chilena trató de construir un sistema de responsabilidad propio, de base constitucional y autosustentable, sobre la base de la lesión como daño antijurídico, generando un sistema de responsabilidad objetiva y estricta, con una acción constitucional de carácter

155 DL N° 1.289, de 1976, DO 14.01.1976.

156 “Artículo 62. La responsabilidad civil de la Municipalidad podrá ser contractual o extracontractual.

La responsabilidad contractual se regirá por las disposiciones de esta ley, por las del Código Civil y por los principios reguladores de los contratos administrativos.

La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente”.

157 La tesis de Domingo HERNÁNDEZ, seguida por SOTO KLOSS y buena parte de la doctrina administrativa chilena.

158 Promovida por Pedro PIERRY.

159 Vid. CORDERO VEGA (2004), pp. 371-390.

imprescriptible. Como sabemos, esa teoría tuvo una influencia decisiva entre nosotros hasta el año 2001, en que la Corte varió su criterio, volviendo sobre lo que tradicionalmente entendió como falta de servicio.

Como se ha explicado, la falta de servicio como título de imputación de responsabilidad es una institución de desarrollo jurisprudencial o pretoriano, iniciada en el derecho francés desde mediados del siglo XIX. En general, se elogia el extraordinario papel que ha jugado el *Conseil d'Etat* en la construcción progresiva de dicha teoría, no obstante los diferentes aspectos que ella ha manifestado¹⁶⁰.

Como se sabe, la responsabilidad civil del Estado ha conseguido adquirir en el derecho francés un estatuto independiente del Derecho Privado fundamentalmente gracias a la jurisprudencia. La voluntad manifiesta del juez administrativo en orden a liberarse del Código Civil y guiarse por la búsqueda del equilibrio entre los intereses públicos y privados condujo al establecimiento de un régimen razonable y coherente de reparación a las víctimas que, si bien no difiere radicalmente del Derecho Privado, posee particularidades que le son propias¹⁶¹.

Como se ha expuesto *supra* 7, en Francia la idea de *falta de servicio* acepta implícitamente que en el servicio público existe una serie de deficiencias que difícilmente se le pueden reprochar en forma individual a alguien en particular; acepta también la frecuente dificultad que se presenta para individualizar en alguien especial la falta que ocurre en la prestación de servicios en los cuales interviene un número grande de personas; y lo más importante, reconoce que tales faltas no deben quedar sin reparación a título de que quien las presta es el Estado¹⁶².

160 Vid. GARRIDO FALLA (2003), pp. 306-307. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 364, el Derecho francés, ofrece el ejemplo más claro de progresión por obra de una jurisprudencia lúcida y resuelta; FAIRGRIEVE (2003), pp. 102-124.

161 VALDIVIA (2004), p. 54.

162 Sobre el particular es pertinente recordar la discusión que durante mucho tiempo se dio en el sentido de distinguir, para efectos de la responsabilidad, los diversos actos de la Administración, como "*actos de autoridad*" y "*actos de gestión*", reconociendo solo a estos últimos la posibilidad de ser sujetos de responsabilidad. A este respecto se afirma que la distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión; y de la que como consecuencia de ello se quiso establecer entre la actuación de la Administración del Estado, según que proceda como poder (equiparada, desde este punto de vista,

Así, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo¹⁶³. De manera que estamos en presencia de una *falta de servicio* cuando no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche¹⁶⁴. Se trata de una falta objetivada que no tiene nada que ver con la noción de culpa. Se trata más bien de una falta del servicio, entendida esta como aquella que no es necesario individualizar¹⁶⁵.

Esto quizá explica el por qué la falta de servicio se fue ampliando a otras categorías. Se afirma que la falta imputable a una colectividad pública que haya de provocar su responsabilidad pecuniaria, corresponde a una muy amplia variedad de situaciones concretas. En primer lugar, la falta puede ser considerada como un atentado a los derechos de los administrados que puede corresponder a varias formas: ruptura de igualdad ante las cargas públicas, ante los servicios públicos y violación del derecho al funcionamiento correcto de los servicios públicos. En segundo lugar, es posible considerar la falta como comportamiento irregular de la Administración en el cual se incorporan: la omisión o inobservancia de las leyes del servicio, la anormalidad y la violación de obligaciones administrativas¹⁶⁶.

En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos apoyada en la idea de falta, debe ser concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación

al ejecutivo) regulada por el Derecho Público o como persona jurídica sometida al Derecho Privado; está si no totalmente abandonada, por lo menos en profunda crisis dentro de la doctrina moderna del Derecho Administrativo. En FABREGAS DEL PILAR, J. M., *La responsabilidad del Estado y sus funcionarios*, citado por CASTRO ASTRADA, A., *Responsabilidad el Estado*, México, Porrúa, 1997, pp. 74, nota 48.

163 RIVERO (1984), pp. 303, 305 y 306.

164 CHAPUS (1995), par. N° 1252.

165 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 366.

166 PAILLET (2001), pp. 144-155; en el mismo sentido, DEBBASCH (1991), pp. 260-266.

a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrado¹⁶⁷.

Al final del día, la responsabilidad reposa sobre la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses de los administrados (víctimas), que tienden a una reparación; y los de la Administración (responsable), que suponen una indemnización¹⁶⁸. La modulación que podamos hacer de la responsabilidad administrativa y las variaciones a las cuales da lugar la definición del equilibrio de intereses *víctima-Administración*, reenvía así a la multiplicidad de funciones que llena el régimen jurídico correspondiente; es decir, los objetivos perseguidos a través del compromiso de esta responsabilidad.

A continuación, veremos cómo ha sido ese desarrollo en el Derecho Administrativo Chileno.

17.§ LA TESIS DE LA FALTA DE SERVICIO EN LA DOCTRINA CHILENA.

Como se ha indicado, hasta antes de la dictación del DL N° 1.289, de 1976, que estableció la nueva Ley de Municipalidades, no existía en nuestro sistema jurídico una norma con carácter de general, que al amparo de las normas y principios de Derecho Público, regulara la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁶⁹.

Dicho texto legal establecía que la responsabilidad municipal procederá para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionan, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente¹⁷⁰.

Por otro lado, la dictación de la LOCBGAE, el año 1986, tuvo por objeto tratar de dar una solución, en el ámbito del Derecho Público, a la forma y modo en que había venido resolviéndose por la jurisprudencia en esta materia, que utilizando el Código Civil, particularmente el artículo 2320, mantenía una encubierta disputa sobre la distinción entre actos de

167 CASSAGNE (1998), p. 270.

168 PAILLET (2001), p. 71.

169 HERNÁNDEZ EMPARANZA (1978), pp. 148 y 149. En el mismo sentido, PANTOJA BAUZÁ (1986), p. 41.

170 Vid. n. 155.

autoridad y actos de gestión. Por ello, se habría tomado en cuenta la tradición francesa, cuyo desarrollo e impacto había influido a buena parte del sistema continental a través de la falta de servicio y falta personal¹⁷¹. Este mecanismo era bastante más preciso que el primario incorporado el año 1976.

Por su parte la doctrina chilena, desde los años 70¹⁷² había venido abogando por un sistema de responsabilidad con criterios de imputabilidad subjetiva, basado en la tradición de la doctrina francesa, respondiendo al avance de la doctrina de la responsabilidad por lesión en la jurisprudencia nacional¹⁷³.

Así, por ejemplo, SOTO KLOSS originalmente juzgó la procedencia de la falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad. Es más, en su comentario recaído en la sentencia "*Tirado con Municipalidad de La Reina*"¹⁷⁴ (*), manifiesta estar de acuerdo con la calificación de "responsabilidad objetiva" que la Corte Suprema le da a esta imputabilidad por falta de servicio¹⁷⁵.

Por otra parte, para los promotores tempranos de la teoría de la falta de servicio, la distinción falta de servicio-falta personal del derecho francés permitiría, "sin apartarse del criterio imperante en Chile de la aplicación del Código Civil, sino que justamente a partir del Código Civil, hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la Administración"¹⁷⁶.

171 PIERRY ARRAU (1996), pp. 16 y 17.

172 PIERRY ARRAU (1975/1976), pp. 471-502, (1996), p. 287, (2000), p. 11.

173 En este criterio de imputabilidad subjetiva además QUINTANILLA PÉREZ (2000), p. 41; LETELIER WARTENBERG (2002), p. 149.

174 RDJ, T. LXXVIII (1981), N° 1, sección 5. Corte Suprema, 24 de marzo de 1981. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas. Una mujer cae en una excavación no señalizada cuando se dirigía a su casa desde su trabajo, sufriendo una serie de lesiones traumatológicas, que la obligaron a someterse a reiteradas intervenciones quirúrgicas.

175 Comentarios a la Sentencia de la Corte Suprema (24.03.1981), en autos denominados "*Tirado con Municipalidad de La Reina*", RDJ, LXXVIII (1981), Sección 5, pp. 40-42.

176 PIERRY (1975/1976), p. 472. Esta afirmación tiene sentido a la fecha de este artículo, pues hasta ese momento el derecho chileno había estado sometido a una variabilidad jurisprudencial desde finales del siglo XIX y buena parte del siglo XX, pero siempre desde la perspectiva del Código Civil. Aún incluso no se dictaba la Ley de Municipa-

Se afirmó que “por amplio que sea el campo de aplicación de la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa en Chile, existirá siempre un importantísimo sector del Estado que permanecerá irresponsable como consecuencia de la autolimitación impuesta por los tribunales ordinarios para conocer de la ilegalidad de los actos administrativos. Si se excluye la posibilidad de que los tribunales conozcan de la ilegalidad de los actos administrativos, ello significará simplemente que los daños que ocasionen a los particulares quedarán sin reparación [...], queda, por lo tanto, reducida la responsabilidad estatal a la actividad material de la Administración en los casos en que haya existido dolo o culpa de un agente público”¹⁷⁷.

Lo importante para esta temprana conceptualización de la falta de servicio es que consideraba al Código Civil plenamente aplicable a la responsabilidad de la Administración del Estado en cuanto responsabilidad por el hecho propio, es decir, el artículo 2314; toda vez que, según indica, “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, 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”¹⁷⁸.

Incluso llegó mucho más lejos al afirmar que “creemos sin embargo que se puede 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 ser aplicadas de manera diversa las normas del título XXXV del Código Civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas”¹⁷⁹.

Así se afirmó que “la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva”, porque ella no corresponde a lo que en el Derecho Civil se conoce

lidades de 1976, que consagró por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado desde la óptica de la falta de servicio.

177 Ídem.

178 Ibídem, p. 499.

179 Ibídem, p. 500.

como tal, esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista un vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En la falta de servicio, “categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la existencia de este tipo de falta. El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro de la responsabilidad subjetiva, pues tal como lo indican MAZEAUD y TUNC, la falta de servicio es considerada como la culpa del servicio”¹⁸⁰.

Se sostuvo que el requisito de la falta de funcionamiento del servicio (debiendo hacerlo) o de haber funcionamiento tardío o deficiente, implica exigir algo más que la mera causalidad material. La norma exige falta, falta de servicio, culpa del servicio, porque mira al comportamiento del órgano y no a la pura relación material de casualidad. “La falta o culpa del servicio debe ser probada y establecida por el juez, a través de los medios legales de prueba en juicio”¹⁸¹.

Por tal motivo se señaló que la falta de servicio tenía “una connotación análoga a la que ha adoptado el concepto civil de negligencia. Tanto en la responsabilidad por culpa, como por falta de servicio no basta la mera causalidad material para que haya lugar a la indemnización del daño. Se requiere además un juicio normativo, que en la culpa reside objetivamente en la conducta efectiva, que es comparada con el estándar de conducta debida; y en la falta de servicio, recae en el estándar legal o razonable del cumplimiento de la función pública”¹⁸²⁻¹⁸³.

Por su parte, otro sector de la literatura vio en la falta de servicio un sistema de responsabilidad objetivo. Se sostuvo¹⁸⁴, sobre la base de la norma original de la Ley de Municipalidades, que bastaba la simple lectura del

180 Ídem. En el mismo sentido, VALDIVIA (2009).

181 QUINTANILLA (2000), p. 49.

182 BARROS BOURIE (2007), p. 506.

183 Como afirma LETELIER WARTENBERG (2002), p. 174, “[l]a pretensión poco feliz de pretender dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un status diferente a la responsabilidad civil debe ser rechazada. Ante la infracción a la ley y la Constitución, tanto particulares como órganos públicos responden de la misma forma. Más aún, cuando la sanción se traduzca en la restitución patrimonial. El Estado no debe tener privilegios ante esta sanción, mas tampoco debe tener castigos que no se impongan ni siquiera en el nivel privado”.

184 HERNÁNDEZ EMPARANZA (1978), p. 149.

precepto para advertir que la connotación culposa –tan primordial en la legislación precedente– había perdido toda su trascendencia. Si bien en muchos casos la falta de servicio, o su funcionamiento imperfecto o tardío, no serán ajenos a la conducta negligente o quizá dolosa de sus órganos, en definitiva esta circunstancia no revestirá mayor alcance al momento de calificar la responsabilidad tipificada por la sola prueba de la falta o disfunción del servicio, vinculada causalmente al daño que es su consecuencia¹⁸⁵. Se sostendrá que “el artículo 42 (44) no es más que una mera aplicación de la regla general contenida en el artículo 4º”, esto significa que la LOCBGAE consagró “la existencia de una nueva responsabilidad de Derecho público, de naturaleza objetiva”¹⁸⁶. Pero además se indicará que “la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva” bastando “la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad”. “La falta de servicio es un resultado; es lo mismo que ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados”¹⁸⁷.

18.§ LA FALTA DE SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Desde que en 1981 la Corte Suprema resolvió el famoso caso “*Eliana Tirado*” (*) (responsabilidad por mantención de la vía pública), la tesis de la doctrina más influyente y de la jurisprudencia judicial que la siguió, fue que el sistema de responsabilidad del Estado era de carácter objetivo y estricto, pues estaba pensado desde la perspectiva de la víctima que sufría el daño; constituía una acción de carácter constitucional de manera que no era necesaria su regulación en vía legal y, en consecuencia, era de carácter imprescriptible dada su condición de acción constitucional.

185 En el mismo sentido se pronunció SOTO KLOSS (1981), pp. 40-42.

186 PANTOJA BAUZÁ (1986), pp. 43-45. Sin embargo, es del caso advertir que para este autor la LOCBGAE estableció “la tesis de la responsabilidad por riesgo o daño y la teoría de la responsabilidad por falta de servicio”.

En el mismo sentido SILVA CIMMA (1994), pp. 216 y 217. Es difícil categorizar a este autor. En efecto, no obstante lo anterior, él considera que el artículo 38 de la CPR establece claramente “el principio básico y primario de admitir que el Estado Administración sea imputable de responsabilidad por daño”.

187 LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), p. 35.

Esta tesis primó en el Derecho Administrativo chileno por más de 20 años. Con tal criterio se dictaron sentencias emblemáticas de la Corte Suprema como “*Galletué*” (1984)¹⁸⁸, “*Hexagón*” (1987)¹⁸⁹, “*Quintana*” (1993)¹⁹⁰, “*Quintana*” (2001)¹⁹¹ y con ellas fue educada una significativa cantidad de abogados, que veían en un sistema como este un régimen de protección de los derechos de las personas amplio y abierto.

Pero un sistema de tan baja densidad normativa no duró mucho tiempo más. La Corte Suprema varió su jurisprudencia el año 2002 de la mano del Ministro Urbano Marín en el caso “*Domic Bezic*”¹⁹², en donde estableció las bases de su nueva jurisprudencia. Para la Corte, desde entonces, el sistema de responsabilidad del Estado no está regulado en la Constitución, este es un sistema que descansa en la falta de servicio y está sujeto a las reglas generales de prescripción del Código Civil. Tras esta sentencia la Corte no volverá al sistema de responsabilidad del Estado anterior. Por el contrario, fue perfeccionando el de falta de servicio.

Será otro Ministro el responsable de esta precisión, Pedro PIERRY. Tras su llegada a la Corte Suprema a fines de 2006, la Corte profundizó sus conceptos en materia de responsabilidad por falta de servicio, que comenzará a constituir el título de imputación de responsabilidad que reconocerá la Corte y sobre el cual razonará todos sus criterios.

Bajo tales condiciones, la Corte señalará que, tras los estándares clásicos de falta, es decir, “cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente”, existe un sinnúmero de exigencias para que dicho título de imputación se dé, pero además afirmará que la regla de responsabilidad por falta de servicio es completamente intercambiable con la culpa del Código Civil.

188 “*Galletué con Fisco*”, RDJ, T. LXXXI (1984), N° 3, sección 5. Corte Suprema de Justicia, 7 de agosto de 1984. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas (equidad).

189 “*Hexagón con Fisco*”, RDJ, T. LXXXIV (1987) N° 3, sección 5. Corte Suprema, 28 de julio de 1987. Responsabilidad por comportamiento arbitrario del servicio.

190 “*Quintana con SAG*”, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

191 “*Quintana y otros con Fisco*”, RDJ, XCVIII (2001) N° 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

192 “*Domic Bezic con Fisco*”, Rol N° 4753-2001. Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

A continuación, analizaremos los principales aspectos observados por este criterio de imputabilidad en la jurisprudencia de la Corte.

19.8 CONCEPTO DE FALTA DE SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA.

Conceptualmente la Corte Suprema ha considerado la falta de servicio como “[...] todo mal funcionamiento del servicio. Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien”¹⁹³, así también esta existe cuando hay “[...] omisión o ausencia de actividad [estatal], debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico”. De este modo, “al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad [estatal], ésta necesariamente supone que el [organismo] incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma”¹⁹⁴.

Asimismo, señala que “[...] la falta de servicio que irroga directamente responsabilidad al Estado [...] se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima”¹⁹⁵.

Confirma la Corte Suprema que existe falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad directa cuando se violan las obligaciones del servicio, es decir, “[...] se origina en aquellos casos en que sus órganos o agentes administrativos omiten actuar, debiendo hacerlo, o bien cuando

193 “Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción”, RDJ, T. XCVII (2000) sección 5, N° 2. Corte Suprema, 10 de agosto de 2000. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

194 “Godoy Villouta con Municipalidad de San Ramón”, Rol N° 2787-2008. Corte Suprema, 15 de octubre de 2009. Responsabilidad por ausencia de señalización en la vía pública.

195 “Figuroa Gallardo con Fisco”, Rol N° 3427-2001. Corte Suprema, 8 de mayo de 2002. Responsabilidad por muerte de funcionario en el desempeño de funciones. Falta de imputabilidad por falta de servicio.

actúan inoportunamente o de manera defectuosa, causando, en cualquiera de estas hipótesis, un perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público [...]. En estos casos, [...] si bien los perjudicados ‘no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado’”¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

En el mismo sentido, ha señalado que hay falta de servicio en las hipótesis canónicas del derecho francés, es decir, cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente. Explícitamente ha dicho: “[...] según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, *existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la administración debe indemnizarlo*”¹⁹⁸.

196 “Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción”, Rol N° 1290-2002. Corte Suprema, 30 de abril de 2003, considerandos 9 y 14. Responsabilidad por mala *praxis* médica.

197 Idéntico criterio sigue en el caso “Karlezi” (Rol N° 2021-2002. Corte Suprema, 15 de septiembre de 2003. Responsabilidad por error de información en materia urbanística). La Corte afirma que “[...] la falta de servicio se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos *no requieren individualizar ni perseguir al funcionario* cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, *deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado* por el patrimonio de la víctima. Por consiguiente, procede tal responsabilidad si concurren copulativamente tres elementos, a saber: a) que existió falta o disfunción de servicio que la Municipalidad estaba obligada a prestar; b) el perjuicio causado y, c) que entre esta supuesta falta de servicio y el daño sufrido exista relación de causalidad, resultando ésta consecuencia de aquélla” (considerando 12).

198 “Godoy Díaz con Servicio de Registro Civil”. Rol N° 6210-2008. Corte Suprema, 26 de agosto de 2010. Responsabilidad por entrega indebida de cédula de identidad. En opinión de la Corte, la falta personal del funcionario en la entrega de la cédula a un tercero que la utiliza indebidamente, es constitutiva de falta de servicio.

En el mismo sentido: “Hidalgo Suazo con Municipalidad de La Florida” GJ N° 305, Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005, responsabilidad por omisión de medidas en la organización de un espectáculo; “Inmobiliaria Hacienda Lleulleu con Fisco”, Rol N° 3172-2008, Corte Suprema, 19 de enero de 2010, improcedencia de responsabilidad por actos delictivos de terceros; “Hidalgo Briceño con Servicio de Salud de

Por último, la Corte de Apelaciones de Santiago, siguiendo estos criterios, ha precisado, con motivo del artículo 137 de la LOCM¹⁹⁹, que “[...] el ordenamiento jurídico hace responsables a las municipalidades de los perjuicios que sufran los usuarios de servicios municipales *cuando éstos debiendo funcionar, no funcionan, o bien cuando funcionan de manera deficiente*”²⁰⁰.

Confirma esta tesis una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto sostiene que al no estar definida la denominación falta de servicio, esta debe ser “[...] *descrita como una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, o la falta, deficiente o tardía prestación del servicio, nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y a lo que debe ser su comportamiento normal. Resulta obvio que todo daño causado por mala organización, mal funcionamiento u omisión en la prestación del servicio por los entes públicos, responde a la acción u omisión de una persona física, constituida por sus funcionarios, evento en el cual el órgano público responde en todo caso por el hecho de sus agentes.* Es por lo anterior que en la falta de servicio la actuación de la persona del funcionario no interesa”²⁰¹.

Valparaíso”, Rol N° 1976-2007, Corte Suprema, 14 de octubre de 2009, improcedencia de responsabilidad por mala praxis médica; “Pérez Azócar con Copeva y Serviu”, Rol N° 1504-2008, Corte Suprema, 26 de noviembre de 2009, responsabilidad por mal diseño de bases de licitación de viviendas sociales y fiscalización; “Silva Hernández con Municipalidad de Antofagasta”, Rol N° 3894-2008, Corte Suprema, 27 de mayo de 2010, improcedencia de responsabilidad por mantención de las vías públicas si no existe prueba de falta de servicio; “Muñoz Gacitúa y otro con Servicio de Salud Viña del Mar”, Rol N° 2067-2008, Corte Suprema, 22 de abril de 2009, responsabilidad por inadecuada prestación médica; “Quintana Urrea con Municipalidad de Chillán”, Rol N° 6754-2006, Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, improcedencia de responsabilidad por accidente en bien nacional de uso público.

199 “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio [...]”. Actualmente es el artículo 152 de la LOCM.

200 “Pavez Jara con Municipalidad de La Florida”, GJ N° 226. Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 1999. Falta de imputabilidad por funcionamiento normal del servicio.

201 “Cassis Abuton con Municipalidad de Ñuñoa”, Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2003. Responsabilidad por muerte a consecuencia de manutención de vías públicas, Rol N° 8161-1998.

20.8 LA FALTA DE SERVICIO COMO RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA. Como sabemos, la forma y modo de comprender la falta de servicio ha sido cuestión polémica en la doctrina chilena. De antiguo, es decir, desde su instalación por la Ley de Municipalidades de 1976, la doctrina la entendió como responsabilidad objetiva; otros, en cambio, la consideraron siempre como un criterio subjetivo equivalente a la culpa²⁰². La jurisprudencia que considera que la responsabilidad de la Administración tiene carácter constitucional ha descartado esta norma. Sin embargo, existe una importante cantidad de sentencias que no consideran esta tesis y la ven como responsabilidad objetiva.

La Corte Suprema, en algunos de sus más tradicionales precedentes jurisprudenciales, indicó que “[...] la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva pues en ella ‘el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de éste, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente’ que el órgano estatal debió subsanar”²⁰³.

Utilizando la historia fidedigna de la Ley de Municipalidades de 1976, que consagró por primera vez la falta de servicio, la Corte de Apelaciones de Santiago expresó que “[...] la Comisión Redactora del DL sobre Organización Municipal dejó consignado en su estudio y análisis que la nueva legislación *implanta un sistema expedito de responsabilidad objetiva de la Municipalidad, sin perjuicio del derecho de ésta de repetir en contra de los funcionarios culpables*”²⁰⁴⁻²⁰⁵.

202 Vid. Supra 12.

203 “Tirado con Municipalidad de La Reina”, RDJ, T. LXXVIII (1981), N° 1, sección 5. Corte Suprema, 24 de marzo de 1981 (considerando 15). Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas. En el mismo sentido se indica en “Aja García con Municipalidad de Talcahuano”, RDJ, T. XCVI (1999) Sección 5, N° 1. Corte de Apelaciones de Concepción. Responsabilidad por muerte de menor a consecuencia de la caída de un mástil en plaza pública.

204 “Barrera y Moreno con Municipalidad de Ñuñoa”, RDJ, T. LXXVIII (1981) N° 3, sección 5. Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 1981. Responsabilidad a consecuencia de un cuasidelito de lesiones con vehículo municipal.

205 En el mismo sentido lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Concepción en el caso “Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano”, confirmado por la Corte Suprema Rol N° 442-2004, 27 de octubre de 2004, responsabilidad por gestión y atención del parto; y la Corte de Apelaciones de Talca en Rol N° 1815-2005, 20 de diciembre de 2007, responsabilidad por inadecuadas y consecutivas prestaciones médicas.

Por último, calificada la responsabilidad por falta de servicio como objetiva, la Corte Suprema ha señalado los requisitos que deben concurrir para exigir responsabilidad. Indica que “[...] en este caso, la responsabilidad que se imputa a la Municipalidad es de carácter objetivo, esto es, independiente de la existencia de dolo o culpa de sus agentes y en tal virtud, ella procede sólo en caso de que concurran copulativamente dos elementos: a) que haya existido falta de un servicio que la Municipalidad estaba obligada a prestar; y b) que entre esta falta de servicio y el daño producido existe relación de causalidad, resultando este daño consecuencia inmediata y directa de esta falta”²⁰⁶.

21.§ LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO ES SUBJETIVA. EL FACTOR PIERRY. Así como el *factor Marín* marco el giro jurisprudencial de la Corte Suprema en materia de fundamento de la responsabilidad, la incorporación de Pedro PIERRY a la Corte Suprema significó la consagración definitiva de la falta de servicio como título de imputabilidad, pero en especial la comprensión de ver a la falta de servicio como título de imputación subjetiva. Serán fallos de su redacción los que marcarán esa pauta.

En el caso “*Seguel*” la Corte, con el objeto de resolver el estatuto aplicable a las FF.AA., que no están regulados por el artículo 42 de la LOCBGAE, señala que la falta de servicio al constituir un equivalente a la culpa del servicio, puede ser construida desde el artículo 2314 del Código Civil. El Ministro PIERRY redactaba en este fallo la que era su tesis desde 1975. Sostuvo así la sentencia que “[...] cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que 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 de 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, de tal suerte que cabe aceptar la

206 “*Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia*”, GJ N° 161, p. 21. Corte Suprema, 4 de noviembre de 1993. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio”. Así “[...] es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”²⁰⁷.

Este criterio lo volverá a explicitar en el caso “*Hidalgo Briceño*”²⁰⁸: “[...] que como reiteradamente ha sostenido esta Corte de Casación, la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como ‘la culpa del Servicio’, deberá probarse por quien alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado”.

Con esta convicción, que supone una intercambiabilidad entre el título de Derecho Público y de Derecho Privado, en el caso “*Noli Anderson*”²⁰⁹ podrá resolver un caso de maltrato verbal a un funcionario del Ejército por parte de un superior, haciendo uso de la responsabilidad por el hecho ajeno del Código Civil sin detenerse en la naturaleza del instrumento. La Corte, en la redacción del Ministro PIERRY, afirmará que “[...] frente a los supuestos fácticos que asentaron los magistrados de la instancia y que configuran los elementos propios de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, declararon la responsabilidad del Estado, en razón de estimar que la actuación de uno de sus agentes fue constitutiva de un ilícito que trajo como consecuencia el daño que reclama el demandante, apreciando además que concurría la relación de causalidad entre la conducta del

207 Rol N° 371-2008. Corte Suprema, 30 de julio de 2009. Responsabilidad por cuasidelito de lesiones de un conscripto.

208 Rol N° 1976-2007. Corte Suprema, 14 de octubre de 2009. Improcedencia de responsabilidad por mala praxis médica. En opinión de la Corte la falta de servicio es equivalente a la culpa, en consecuencia, es un sistema de responsabilidad subjetivo, de manera que la víctima debe probar la falta y su causalidad con el daño.

209 Rol N° 2436-2008. Corte Suprema, 9 de marzo de 2010. Responsabilidad por el hecho ajeno, como consecuencia de maltrato laboral.

dependiente y el detrimento efectivo provocado al actor, todo lo cual les llevó aplicar lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil, acogiendo la demanda por daño moral”.

Sin embargo, la propia tesis del Ministro PIERRY ha tenido sus excepciones. En el caso “*Trincado Sierra*”²¹⁰, la sentencia redactada por él señala que no es posible confundir los estatutos jurídicos aplicables. Por tal motivo, señala “[...] cabe hacer presente algunas consideraciones, en atención a que de la redacción de los fallos de primera y segunda instancia, se advierte una mezcla de disposiciones tanto del Código Civil como de la Constitución Política de la República, de la Ley N° 18.575 y de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que fueron invocadas para sustentar la responsabilidad de la demandada. En efecto, *el estatuto correspondiente a la falta de servicio es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil, y así, en el caso sub lite hubo falta de servicio*, al no cuidarse al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración, y ello conforme al artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, hace responsable al municipio demandado”.

22.§ ELEMENTOS CONSIDERADOS EN LA JURISPRUDENCIA COMO FALTA DE SERVICIO. Existen numerosos elementos o criterios que pueden incorporarse a la falta de servicio. La jurisprudencia ha reconocido algunos de ellos o les ha dado el carácter a otros muy diversos. El objeto de este análisis es señalar cuáles son aquellos que la jurisprudencia utiliza con regularidad.

22.1. ILEGALIDAD O INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES. Es quizá este criterio el que la jurisprudencia utiliza con mayor regularidad como elemento de la falta de servicio (criterio de imputabilidad).

A propósito de un recurso de casación, la Corte Suprema ha sostenido que “[...] si no se ha discutido en autos, que la inversión se realizó y que se creó una comisión liquidadora que entre otras cosas debía pagar este tipo de inversiones, es claro que aquí se presenta un caso de falta de servicio

210 Rol N° 6346-2006. Corte Suprema, 5 de marzo de 2008. Responsabilidad por cuidado en establecimiento educacional. En opinión de la Corte la “falta de servicio es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil”.

de un ente autónomo de la Administración del Estado y del cual éste debe responder”²¹¹.

Con idéntico criterio, ha calificado que existe incumplimiento de obligaciones legales, y en consecuencia falta de servicio, cuando hay falta de vigilancia o diligencia en el cumplimiento de sus deberes públicos, particularmente en lo relativo al mantenimiento de vías públicas.

La Corte Suprema sostiene que “[...] la falta de *vigilancia oportuna* de los inspectores de la Municipalidad demandada respecto del estado en que se encontraba la vereda en la que la actora sufrió el accidente, y la falta de señalización del peligro que ello constituía para los peatones, *configura una falta de servicio*”²¹². El mismo tribunal ha considerado que cuando existe falta de vigilancia oportuna “de los Inspectores Municipales respecto del funcionamiento y estado de la señalización de peligro, *la consecuencia dañosa equivale a la falta de servicio*”²¹³.

Siguiendo este razonamiento, la Corte de Apelaciones de Santiago afirma que incurre en responsabilidad objetiva “la Municipalidad que, en conocimiento de la existencia de trabajos de reparación de una matriz de agua potable efectuados por una Empresa de Agua Potable, que obligaron a romper el pavimento en la pista sur de una avenida, no dispuso medida alguna tendiente a eliminar el defecto que presentaba dicha pista, ni adoptó dispositivos preventivos de seguridad y de señalización que advirtieran a los automovilistas la existencia y naturaleza del peligro. *Esta responsabilidad deriva del deber indelegable que la ley atribuye a la Municipalidad, de velar por el buen estado de calles, vías y caminos de su jurisdicción*”²¹⁴.

211 “*Puelma Accorsi con Fisco*”, GJN° 195 y RDJ, T. XCIII (1996), N° 3. Corte Suprema, 3 de septiembre de 1996. Responsabilidad por no devolución de ahorros de antigua Asociación de Ahorro y Préstamo.

212 “*Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes*”, RDJ, T. XCVI (1999) Sección 5, N° 2. Corte Suprema, 28 de julio de 1999. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

213 Considerando 12 del fallo de 1ª instancia, refrendado por el considerando 2 del fallo de la Corte Suprema. “*Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia*”, GJN° 161, p. 21. Corte Suprema, 4 de noviembre de 1993. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

214 “*Itziguez con Municipalidad de Las Condes*”, GJ N° 169. Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de julio de 1994. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

La Corte Suprema señala que “[...] en cuanto a la vulneración de las normas que establecen responsabilidad por falta de servicio, cabe consignar que se dejó establecido que el deceso de las afectadas [...] tuvo su origen en la falta de servicio en que incurrió la Municipalidad, *al faltar a su deber legal de mantener debidamente señalizada* la existencia de un canal de desagüe a un costado de un Regimiento, lo que ocasionó que ambas se precipitaran a las aguas y fueran arrastradas por la corriente”²¹⁵.

Profundizando en esta visión, el mismo tribunal considera que la tesis de que no cabe a un municipio responsabilidad porque la mantención de las aceras y calzadas corresponde a otra entidad pública, no se ajusta a la Carta Fundamental, en cuanto esta hace recaer en la Municipalidad la administración comunal, bastando con ello para decidir que la demandada es responsable de los daños que se produzcan a terceros por el mantenimiento de calles y veredas”. [...] “Dicha disposición se reproduce en la Ley Orgánica de Municipalidades, agregando que dentro de sus funciones propias está la aplicación de disposiciones sobre tránsito público”. Además, se deben considerar las normas de la LOCBGAE, “cuyo artículo 4º establece la responsabilidad del Estado por los daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones y el 44 [42], referido a la indemnización por el daño ocasionado por falta de servicio, *estimando que en la especie está constituida por la falta de buena mantención de veredas por parte de la Municipalidad*, no estando controvertidos ni el mal estado de la acera ni la caída de la actora provocada por ese hecho ni las lesiones producidas, llegando a la conclusión de que se trata de una responsabilidad legal y no objetiva”²¹⁶.

Insistiendo en este criterio, la Corte Suprema señala que “[...] como se advierte, la ley establece la responsabilidad civil de los municipios por los daños ocasionados principalmente por falta de servicio, circunstancia que, según quedó sentado por los jueces del fondo, concurre, por la falta de señalización del sitio del accidente, por no tomar resguardos suficientes para mantener el acceso, impidiendo el tránsito vehicular y peatonal, mediante la colocación y mantención de barreras, sin señalizaciones ni advertencias

215 “Pedrero y Sepúlveda con Municipalidad de Concepción”, Corte Suprema, 5 de marzo de 2002, Rol N° 326-2001. Responsabilidad por señalización en la vía pública.

216 “Duarte Gómez con Municipalidad de San Fernando”, Corte Suprema, 4 de junio de 2002, Rol N° 1513-2001. Responsabilidad por mantenimiento de vías públicas.

de ninguna índole de la existencia de un tubo cubierto con tabloncillos, que resultó ser la causa fundamental en la muerte”²¹⁷.

De igual modo, ha insistido en la responsabilidad por déficit de organización de servicios sanitarios, al señalar que “[...] habiendo quedado establecido que en la atención profesional prestada por funcionarios del servicio demandado hubo una dilación injustificada sin que se le hubiese prestado una atención médica adecuada, este hecho es constitutivo de una falta de servicio en los términos que se han expuesto y, por lo tanto, hace responsable al servicio de salud demandado de la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por los actores, por tener el deber legal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del DL 2.763 de articular, gestionar y desarrollar la red asistencial correspondiente para la ejecución de las acciones integradas de fomento y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas, como quiera que esa falta de servicio tiene vinculación causal directa con el resultado de muerte producido.”²¹⁸.

22.2. INCUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES MÍNIMOS. Recientemente la Corte Suprema ha considerado que la falta de servicio como presupuesto de imputabilidad de responsabilidad, no solo es procedente en casos de ilegalidad o falta de diligencia, sino también en el establecimiento de estándares de funcionamiento de los servicios. Efectivamente, ha señalado que “[...] de la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencias de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvia se infiere que la Municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues, *según las normas legales aplicables, debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los*

217 “Soto Cárcamo con Municipalidad de La Unión”, Corte Suprema, 29 de enero de 2002. Responsabilidad por falta de señalización en vías públicas. Establece que la participación de la víctima no tiene efectos exculpativos sobre la Municipalidad; sin embargo, debe considerarse para efectos de la determinación de la indemnización de conformidad a lo establecido en el artículo 2330 del Código Civil.

218 “Muñoz Gacitúa y otro con Servicio de Salud de Viña del Mar Quillota”, Corte Suprema, 22 de abril de 2009, Rol N° 2067-2008. Responsabilidad por inadecuada prestación médica.

vecinos. En consecuencia, sólo cabe calificar de objetivamente defectuoso el servicio municipal"²¹⁹.

En el caso de personas que hacen el servicio militar y mueren mientras realizan tal actividad, la Corte ha sostenido que "[...] se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad, respecto de quien cumplía con el deber de cumplir con el servicio militar"²²⁰.

22.3. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL NO ES FALTA DE SERVICIO. Siguiendo con el razonamiento anterior, pero con una finalidad distinta y ocupando un criterio excepcional en la evolución jurisprudencial analizada, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, ha sostenido que el funcionamiento normal de un servicio no da origen a responsabilidad. Afirma que "[...] la circunstancia de encontrarse el borde de la piscina en que el menor resbaló, en estado mojado y resbaladizo y sin salvavidas en las inmediaciones, no determina que la Municipalidad propietaria haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio, a raíz de las graves lesiones sufridas por aquél, toda vez que las circunstancias

219 "Rivera Araneda con Municipalidad de La Unión", Corte Suprema, 3 de mayo de 2001. Rol N° 3176-2000. Responsabilidad por anegamiento producido en inmueble a resultas de defectuosa pavimentación de la calle.

Idéntico criterio siguió en caso "Hidalgo Suazo con Municipalidad de La Florida", GJ N° 305 Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005. Responsabilidad por omisión de medidas en la organización de un espectáculo. La Corte señala que la omisión en adoptar medidas de seguridad es constitutiva de falta de servicio.

220 "Bustos Riquelme con Fisco", Corte Suprema, 26 de enero de 2005. Responsabilidad por muerte de conscripto. Un cabo de Ejército da muerte a un conscripto mientras está realizando su servicio militar.

"Caro Silva con Fisco", GJ N° 304. Corte Suprema, 19 de octubre de 2005. Responsabilidad por muerte de conscripto. Un cabo de Ejército da muerte a un conscripto mientras realizaba su servicio militar. En este caso, la Corte señaló que la forma como ocurrieron los hechos y la relación de subordinación entre el autor del hecho y la víctima, determinan que el Estado debe responder por el daño irrogado. Ello "[p]orque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de quien cumplía con el deber militar [...]. [E]l Estado no cumplió ni adoptó esas condiciones de seguridad al permitir que un miembro de las Fuerzas Armadas, abusando de la autoridad que le otorgaba el grado asignado, en estado de ebriedad y de servicio, procedió a maltratar a quien cumplía con su servicio militar, hasta causarle la muerte".

inicialmente descritas son de normal ocurrencia en dichos recintos y la ausencia temporal del salvavidas no fue causa necesaria del resultado producido"²²¹.

22.4. ¿USUARIOS DEL SERVICIO? Una cuestión significativa en el debate de la jurisprudencia judicial en los últimos años ha sido en beneficio de quiénes está planteada la falta de servicio.

En el caso "Figueroa Gallardo"²²², la Corte Suprema enunció tímidamente que un funcionario público no podía invocar la falta de servicio, porque el sistema de responsabilidad no estaba establecido en su favor. Afirmó la Corte que "aunque las relaciones del Estado con sus funcionarios se rigen por las normas estatutarias que fija la ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7°, 12 y 45 de la mencionada Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, que establecen los derechos, deberes y responsabilidades que genera esa vinculación, entre ellas, los efectos de los accidentes que sufran los funcionarios en el desempeño de sus empleos, y en este campo no tendría mayor cabida la responsabilidad del Estado por falta de servicio".

Más adelante, la Corte en el caso "Bustos"²²³ señaló que para impetrar la falta de servicio se requería ser usuario de él. Sostuvo que "la noción de la falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios

221 "Pavez Jara con Municipalidad de La Florida", GJ N° 226. Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 1999. Falta de imputabilidad por funcionamiento normal del servicio.

222 "Figueroa Gallardo con Fisco", Corte Suprema, 8 de mayo de 2002. Rol N° 3427-2001. Responsabilidad por muerte de funcionario en el desempeño de funciones. Falta de imputabilidad por falta de servicio. En este caso, un conductor de un servicio público recibió la orden de un superior jerárquico de cambiar la rueda averiada de un camión que él conducía. Dada su inexperiencia en estos asuntos, lo realizó equivocadamente y el vehículo cayó sobre él, falleciendo en el acto.

223 "Bustos Riquelme con Fisco" Corte Suprema, 26 de enero de 2005. Responsabilidad por muerte de conscripto. Un cabo de ejército da muerte a un conscripto mientras está realizando su servicio militar. La Corte señala que se aplica el artículo 4° LOCBGAE, que las FF.AA. no se rigen por la falta de servicio (porque esta se aplica a los usuarios del servicio), sin perjuicio de que hay responsabilidad por generación de un riesgo anormal.

de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones”.

Esta tesis la profundizó en el caso “*Arévalo*”²²⁴. La Corte Suprema revocó la sentencia indemnizatoria que se había otorgado a favor de un transeúnte que había sufrido lesiones por un disparo de un gendarme en la fuga de una persona privada de libertad, porque Gendarmería no estaba obligada a prestar servicio alguno a la comunidad. Afirmó la Corte que “[...], en la especie se está frente a un caso claro de responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que deviene de la existencia de dolo o culpa en el agente y que está normada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad”.

Sin embargo, este criterio la Corte Suprema se encargó de enmendarlo precisamente en un caso de un conscripto que realizando el servicio militar, murió producto de un ejercicio militar. La Corte se vio forzada a pronunciarse dado que la defensa fiscal sostuvo que no era función del Ejército el prestar servicios de esta naturaleza. Por tal razón la Corte afirmó, enfáticamente, que la falta de servicio debe analizarse independiente del concepto de usuario. Sostuvo en el caso “*Seguel*”²²⁵ que “[...] en cuanto al argumento que no es posible que el Ejército de Chile incurra en falta de servicio, al no prestar servicio alguno a la comunidad, ello también es errado. [...] En el caso que nos ocupa, el Estado se escuda en el hecho que el Ejército de Chile tiene como función primordial la defensa de la soberanía de la nación, sin embargo no debe olvidarse que para cumplir esa misión

224 Rol N° 3876-2001. Corte Suprema, 27 de agosto de 2003. Improcedencia de responsabilidad por falta de servicio de Gendarmería. En opinión de la Corte, un disparo que ocasiona un cuasidelito de lesiones a un tercero no es constitutivo de falta de servicio, pues no está vinculado con las actividades del servicio, de manera que lo único que cabe es responsabilidad de conformidad al artículo 2314 del Código Civil.

225 Rol N° 371-2008. Corte Suprema, 30 de julio de 2009. Responsabilidad por cuasidelito de lesiones de un conscripto. En opinión de la Corte la falta de servicio puede ser invocada porque quienes no son usuarios del servicio, pero además en el caso de las FF.AA. es correcto aplicar el artículo 2314 del Código Civil, porque falta de servicio es equivalente a la culpa civil.

recluta jóvenes que cumpliendo con su obligación legal del servicio militar, permanecen en el Ejército durante un tiempo en que son entrenados de diversas formas para cumplir el objetivo primordial cual es la defensa de la soberanía, oportunidad en que lo que se espera de la Institución es el debido entrenamiento de los reclutas dentro de un marco de seguridad que garantice su integridad, situación que en autos no ha acontecido en la medida que un funcionario del Ejército utiliza armamento de guerra en los ejercicios básicos y no de fogeo que es lo esperable, de tal suerte que precisamente la falta de servicio consiste en haber entregado una munición de guerra y no de fogeo a un funcionario que participaría en entrenamientos militares, quien utilizándolos en el ejercicio de sus funciones indebidamente hirió en definitiva al actor. *Por otra parte, la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió.*

22.5. ¿ESTÁNDAR ESPECÍFICO O MANDATO GENERAL? La jurisprudencia de la Corte Suprema, una vez superada la discusión sobre el fundamento, se ha focalizado en dilucidar si lo que se encuentra en la falta de servicio es el reproche en un caso concreto o bien uno de alcance normativo general.

La Corte ha afirmado que en primer lugar es necesario focalizarse en la función de que se trate y a partir de ahí seguir la ruta del mandato legal o reglamentario. Señaló en el caso “*Castillo Alonso*”²²⁶ que “[...][s]i la falta de servicio se la ha entendido en efecto como una mala organización o funcionamiento defectuoso del respectivo órgano del Estado, o la falta, deficiente o tardía prestación del servicio, aparece también *imprescindible el tener en consideración, en cada caso particular, la naturaleza del órgano público de que se trate, y la consideración de cuál ha sido la función esencial que la ley haya determinado para su establecimiento, y la*

226 GJ N° 298, Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de abril de 2005. Improcedencia de responsabilidad por muerte de persona que cumplía condena a consecuencia de una enfermedad. La Corte señala que para configurar la falta de servicio es necesario atender a la naturaleza del servicio y a la específica finalidad pública establecida por la ley.

finalidad que también, y por prescripción de la ley, está llamado a cumplir prioritariamente".

Por tal motivo la jurisprudencia ha señalado que la falta de servicio se construye desde una hipótesis normativa y no judicial. Afirmó en el caso "*Baeza Balbontín y otros con Municipalidad de Viña del Mar*"²²⁷ que, "[...] para analizar si tal funcionamiento le resulta reprobable desde el punto de vista jurídico, *debe especificarse y analizarse tal proceder en razón de las leyes y reglamentos que la rigen, para determinar de esta manera, la antijuridicidad de la conducta*, que ocasiona el daño reclamado".

A partir de estos supuestos la jurisprudencia reciente se ha dividido en orden a dos criterios. El primero es el del estándar abstracto o cumplimiento del mandato general; el segundo, el del estándar concreto o cumplimiento bajo las condiciones fácticas concretas.

De la primera hipótesis es representante el caso "*Torres Velásquez*"²²⁸, en el cual se indicó que "[...] la falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficacia externa del Estado o de los servicios descentralizados. No corresponde (como lo ha hecho el a quo) 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 en la distribución del presupuesto nacional"²²⁹.

227 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 432-2001, 17 de noviembre de 2003. Responsabilidad por falta de limpieza de canales obstruidos por basuras. La Corte señala que la responsabilidad del municipio es de carácter objetivo y que la falta de servicio se debe construir desde el mandato legal y reglamentario y no de la situación concreta.

228 Rol N° 442-2004. Corte Suprema, 27 de octubre de 2004. Responsabilidad por gestión y atención del parto. La Corte de Apelaciones de Concepción, revocando la sentencia de primera instancia que rechazaba la demanda sobre la base de las consideraciones fácticas y el presupuesto disponible del hospital, acogió la demanda sosteniendo que la responsabilidad por falta de servicio es objetiva y que para su establecimiento no se debe considerar un estándar medio.

229 En este sentido también "*Pérez Azócar y otros con Copeva y Serviu Metropolitano*", Rol N° 1504-2008. Corte Suprema, 26 de noviembre de 2009. Responsabilidad por mal diseño de bases de licitación de viviendas sociales y fiscalización. Según la Corte

De la segunda hipótesis son representantes los casos "*Godoy Villouta*"²³⁰ e "*Inmobiliaria Lleulleu*"²³¹. En el primero, la Corte sostuvo que "[...] la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto del lugar de la calzada en que ocurrió el siniestro que motiva la acción indemnizatoria ejercida". En el segundo, la Corte afirmó que "[...] para que surja la falta de servicio es necesario que la deficiencia se produzca en el funcionamiento propio del servicio, debiendo probarse que el comportamiento del órgano, dentro de su actividad administrativa, no ha correspondido al estándar normal que, dadas las circunstancias, era dable esperar de él. *Hay que considerar la actuación de la Administración en relación a los medios de que dispone para ello*. Debe, entonces, analizarse cada caso concreto para determinar si se reúnen o no estas condiciones".

Estas distinciones son centrales para lo que viene. De ellas, finalmente, dependerá la extensión real de la falta de servicio y el rol de los jueces como control prospectivo, temas que veremos a continuación.

23.8 LOS DILEMAS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS EN LA FALTA DE SERVICIO.

Como se ha visto, la doctrina administrativista clásica ha sostenido que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva, porque en ella no concurre el elemento volitivo propio de la responsabilidad tradicional del Código Civil, es decir, la culpa o el dolo. Históricamente, el debate sobre el fundamento de la responsabilidad administrativa ha girado con insistencia alrededor de la culpa y el riesgo. A finales del siglo XIX, la idea de *riesgo* es tanto mejor recibida, en cuanto permite separarse de la culpa civilista y afirmar que en realidad la responsabilidad administrativa es distinta. Después de los años 40, la mayoría de los autores va a recusar la culpa como fundamento de la responsabilidad administrativa a partir

hay falta de servicio, porque era exigible al Estado la elaboración de bases técnicas adecuadas para la construcción de viviendas sociales.

230 Rol N° 2787-2008. Corte Suprema, 15 de octubre de 2010. Responsabilidad por ausencia de señalización en la vía pública. En opinión de la Corte la falta de servicio debe evaluarse en el caso concreto y no en términos abstractos.

231 Rol N° 3172-2008. Corte Suprema, 19 de enero de 2010. Improcedencia de responsabilidad por actos delictivos de terceros. En opinión de la Corte, para evaluar si existe o no falta de servicio debe mirarse el caso concreto.

de la constante, en apariencia de buen sentido, de que una colectividad pública, no pudiendo cometer culpa, no podría fundar su responsabilidad, siendo apenas una condición de su régimen. La preferencia va entonces a la igualdad ante las cargas públicas.

La desacreditación de la culpa como fundamento de la responsabilidad se ha debido a una cuestión ideológica. Y comparar la falta de servicio con la culpa de servicio se ha debido a un argumento acomodaticio. Evocar la culpa como fundamento de la responsabilidad es chocar de frente con la objeción según la cual la colectividad pública no puede, bajo la mirada del simple sentido común, cometer una culpa, de suerte que se trataría forzosamente de una responsabilidad por culpa de otro y, en realidad, una garantía de la Administración por la culpa de sus agentes. Pero la definición de culpa del servicio, o mejor dicho, una falla del servicio, supone una obligación que pesa sobre la Administración, en otros términos, no es lícito comparar la falta de servicio con la culpa tradicional del Derecho Civil²³².

De ahí que se sostenga que hablar de responsabilidad subjetiva es equivoco para referirse a la responsabilidad por culpa. En el Derecho Civil se sostiene que la responsabilidad por culpa es objetiva, porque no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino la comparación de una conducta con un patrón general y abstracto²³³. Por ello, tanto la doctrina europea continental como la del *common law*, han admitido hoy, de manera indiscutida, el concepto objetivo de la negligencia en cuanto a que la culpa o negligencia se coloca en los deberes de precaución exigibles, lo que se traduce en deberes normativos, llevando a que la negligencia no se debe situar en la precaución o cuidado del deudor individual: por ello la negligencia en el Derecho Civil es objetiva²³⁴. Existe evidencia para demostrar que gran parte de la responsabilidad objetiva pertenece a la negligencia (objetivamente apreciada), de manera que “no existe una distinción entre responsabilidad estricta y negligencia”²³⁵. Las reglas de responsabilidad se sitúan en un *continuum* que va desde la negligencia con consideración de circunstancias personales del agente (culpa subjetiva), pasando por la

232 Cfr. CASTRO ASTRADA (1997), p. 265.

233 BARROS BOURIE (2007), p. 41.

234 SALVADOR CODERH Y CASTIÑEIRA PALOU (1997), p. 125, citando a Medicus, Schäffer, Ott, Hein Kötz y Colmes.

235 SALVADOR CODERH (2002), p. 16.

culpa objetiva, hasta la responsabilidad objetiva —por pura causación de daños—, teniendo en consideración el hecho de que buena parte de esta circunstancia depende de la determinación de quien se encuentra en mejor condición para evitar el daño²³⁶⁻²³⁷.

Así, la controversia sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no puede resolverse en una disputa entre responsabilidad por culpa versus responsabilidad objetiva, como se ha enfrentado la doctrina chilena hasta hoy. En efecto, es posible la convivencia de ambos sistemas de responsabilidad. En el Derecho de Daños no existe nadie que seriamente sostenga que en todos los sectores de la vida social, o aun que en todos los sectores o ámbitos de una actividad socioeconómica, pueda existir un régimen de responsabilidad objetiva global, porque ello es lógicamente insostenible. Y en el mismo sentido, nadie razonablemente niega que en los casos de responsabilidad por culpa no sea necesaria la existencia coetánea de un modelo o criterios de responsabilidad objetiva²³⁸. Esto implica dotar a los jueces de márgenes de apreciación mayores que permitan calificar, ante la ausencia normativa, el carácter riesgoso de una actividad o hecho.

Por esta razón los jueces cuando fundamentan de forma manifiesta en el régimen de responsabilidad por culpa y, con frecuencia, ello se realiza conforme a idénticas consideraciones normativas, lo que es, como hemos demostrado, particularmente sintomático en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Esta concepción en bloque del Derecho de la responsabilidad civil se construye desde un punto de vista teleológico mediante un argumento que es decisivo para superar la dogmática división actual del Derecho de Daños en dos o más regímenes de responsabilidad. Los tribunales no solo deben preguntarse si el causante del daño ha actuado de forma adecuada, sino, además, quién debe asumir determinado riesgo²³⁹. Si consideramos las sentencias que hemos citado, se puede comprobar que aquellas que han resuelto casos de responsabilidad patrimonial

236 SALVADOR CODERH (2002), p. 16.

237 CHABAS (2004), p. 21, afirma que no solo “la culpa es cada vez menos necesaria —en la responsabilidad civil— sino también, cuando ella es exigida, se la concibe actualmente de manera objetiva”.

238 Cfr. JANSEN (2003), *passim*.

239 JANSEN (2003), p. 8.

de la Administración en base a criterios de culpa con carácter de general, consideran elementos propios de la responsabilidad por riesgo desde el punto de vista dogmático. El Derecho de Daños o de la responsabilidad debe resolver con carácter de general quién debe asumir un determinado riesgo.

Por eso creo que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no tiene sentido, desde el punto de vista teleológico, diferenciar entre las circunstancias de responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Un caso de responsabilidad de la Administración se fundamenta en un gran número de criterios que pueden y deben ser ponderados. Es posible, como veremos a continuación, que conductas riesgosas y en apariencia lícitas, sean consideradas falta de servicio.

24.§ LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO COMO REGLA GENERAL DE RESPONSABILIDAD. Es evidente a estas alturas que no resulta razonable distinguir entre responsabilidad objetiva y subjetiva, particularmente a consecuencia de que el Derecho de Daños ha dado pasos hacia la consideración objetiva de la culpa: basta infringir la norma objetiva de cuidado para incurrir en culpa. No se adapta el examen de la culpabilidad a las concretas características del sujeto causante del daño, solo se compara con la conducta que se deriva de la norma objetiva fijada por el ordenamiento jurídico²⁴⁰.

Por ello, es lógico calificar a la falta de servicio con un criterio de objetividad, en el sentido que lo que se exige para la imputabilidad por responsabilidad es la anormalidad en el funcionamiento de los órganos de la Administración y no el comportamiento volitivo de algún sujeto. Decir que la Administración ha incurrido en falta de servicio es simplificar lo que en la realidad ciertamente ha ocurrido y es que el órgano administrativo ha actuado de manera anormal. La falta mantiene su ineludible presencia como criterio de imputabilidad de daños, de manera que en un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido "anormalidad" en el funcionamiento del servicio público o, lo que es igual, no ha habido ilicitud (ilegalidad o culpabilidad) en la actividad

240 Vid. PEÑA LÓPEZ (2002), p. 263.

administrativa²⁴¹. En tales supuestos, el sistema de responsabilidad sigue siendo objetivo porque el fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio privado injustamente lesionado; pero si no hay culpa (falta), no hay tampoco causa administrativa del daño; no hay, en suma, nexo causal²⁴².

Tradicionalmente se ha vinculado la falta de servicio al funcionamiento de los órganos estatales. La doctrina ha elaborado un conjunto de categorías que dan cuenta de las probables situaciones en las cuales es posible que se dé esta circunstancia. El *hecho del servicio* es aquel que es indisociable del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad, de suerte que no puede imputarse a tal o cual agente tomado en forma individual, sino al sujeto de derecho que institucionaliza ese conjunto de estructuras y de agentes. Pero se destaca que el hecho del servicio también puede residir en la actuación de un agente identificado, en la medida en que no es separable de la ejecución del servicio, sino en el funcionamiento u organización colectiva de tal Administración²⁴³. Por ello se ha tratado de dar una definición amplia frente a las alternativas en que es posible encontrar la falta de servicio. Así, se sostiene que se está en culpa cuando uno no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que justifica un reproche²⁴⁴.

El establecimiento de la falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad implica que el Estado no se hace responsable por todo daño que puedan sufrir los ciudadanos producto de su relación con la actividad estatal. Por el contrario, para establecer la responsabilidad se realiza un juicio de carácter comparativo-objetivo entre la actuación del servicio público y un estándar normativo relativo a cómo este debería haber actuado. El juicio de responsabilidad en realidad atiende al establecimiento de la

241 LEGUINA VILLA (1997), pp. 22-23. En este sentido RIVERO ORTEGA (2000), p. 227, indica, sobre la relación de causalidad en la responsabilidad de la Administración, que si "el servicio funciona correctamente, no puede decirse que el daño sea causado por el servicio; en cambio, si el servicio funciona mal o sencillamente no funciona, se crea una situación de riesgo" respecto de la cual la Administración debe responder.

242 LEGUINA VILLA (1997).

243 PAILLET (2001), pp. 113 y 114.

244 CHAPUS (1995), *passim*.

mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio, apreciando esas nociones en forma objetiva por referencia a lo que se está en derecho de exigir de un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser su comportamiento normal²⁴⁵. Sin embargo, cabe distinguir los conceptos de culpa civil y falta de servicio²⁴⁶: tratándose de la responsabilidad por culpa del agente, este puede excusarse probando su actuar diligente, mientras que tratándose de la falta de servicio, la única manera de excusarse es probando el cumplimiento normal del servicio, sin considerar necesariamente la conducta del funcionario público que materialmente llevó a cabo la actuación administrativa. Podría decirse que la responsabilidad por falta de servicio, en relación a la responsabilidad civil por culpa y la responsabilidad estricta, toma una tercera vía, en cuanto a exigencias probatorias. En último término, la mayor exigencia de una u otra clase de responsabilidad es una cuestión contingente.

En conclusión, la falta de servicio consiste en un criterio de atribución de responsabilidad que difiere de los propios del Derecho Civil, y que tiene la virtud de servir de herramienta adecuada para equilibrar los intereses públicos y privados, pues exige definir lo que los ciudadanos pueden esperar de un servicio público moderno. Por ende, conforme al estándar de la falta de servicio no puede exigirse al Estado que responda por todos los daños que sufran los administrados, como tampoco los particulares tienen el deber de tolerar los daños inferidos por un funcionamiento anormal o defectuoso del servicio²⁴⁷. En el fondo, detrás de esta alternativa formal existe una coincidencia sustancial: la prestación de servicios públicos por debajo

245 DE LAUBADERE-VENEZIA-GAUDAMET (1999), p. 983.

246 Como indica PAILLET (2001), p. 143, el llamado al Código Civil no es el fundamento jurídico de la consagración por la jurisprudencia del Consejo de Estado de la responsabilidad por culpa, aunque se encuentre allí un eco común de nuestra civilización judeo-cristiana. Es a través de su propio sistema conceptual que ese juez ha construido la teoría administrativa de la falla, en especial teniendo en cuenta desde el punto de partida de esta, aunque cometida por hombres (agentes y representantes de las colectividades públicas), debe tratarse como culpa de entidades colectivas cuyas misiones y medios son específicos.

247 Aunque se ha dicho que los administrados tendrían un derecho al correcto funcionamiento del servicio público, cuya violación sería el fundamento de la atribución de responsabilidad al servicio, resulta un obstáculo difícilmente superable "demostrar" que los usuarios de los servicios (y los terceros) disponen respecto de la Administración de un derecho subjetivo, en tanto que más bien, en la tradición francesa, se consideran en

de sus niveles normales de funcionamiento representa una actuación administrativa deficiente, toda vez que en las condiciones espacio-temporales dadas era posible y esperable otra actuación²⁴⁸.

Así, lo que sucede es que la falta de servicio puede dar origen a una multiplicidad de situaciones concretas que hacen difícil su contenido, y no como señala la jurisprudencia chilena, que queda reducida a cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente, recogiendo una visión tradicional del siglo XIX para ver este criterio de imputabilidad.

25.§ LA IMPORTANCIA DE LOS ESTÁNDARES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO. Planteado lo anterior, para resolver un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración es clave determinar cuáles son las concretas normas de diligencia o cumplimiento de obligaciones que es posible exigir a la Administración. Planteado de otra manera, cuál es el modelo de conducta que permite identificar (negativamente) a dicho funcionamiento anormal de los servicios públicos y distinguirlo del funcionamiento normal. No cabe duda de que los modelos de conducta de la Administración son lo que determine el legislador, o incluso la propia Administración, pero que son evaluados por el juez.

Por ello, las alternativas son múltiples: una de ellas es establecer un catálogo exhaustivo y pormenorizado de normas de diligencia específicas que señalen con precisión cómo deberá comportarse la Administración, cuestión que hoy ciertamente no sucede cuando el legislador renuncia cada vez más a contenidos regulativos precisos, encomendándoselos a la Administración. Otra opción es prescindir de dicho catálogo pormenorizado y limitarse a enunciar una cláusula general de diligencia o comportamiento del órgano respectivo que, regularmente, a nuestro juicio, debe estar condicionado por la obligación o naturaleza que justifica la existencia de dicho órgano administrativo²⁴⁹. En este sentido, la construcción

presencia de una situación general e impersonal ligada a un estatuto legal y reglamentario, y no subjetivo como lo supone un contrato. PAILLET (2001), p. 147.

248 LAGUNA DE PAZ (2001), p. 46.

249 Como indica HART, ninguna norma jurídica o conjunto de normas determinan completamente, en todos los aspectos, cómo los funcionarios y los órganos estatales deben actuar o tratar los casos que les surgen. Esto es consecuencia de que las normas jurídi-

normativa dirigida a la Administración puede ser concebida en forma de deber específico²⁵⁰ o bien de deber genérico²⁵¹. El deber legal de actuar resulta tanto del reconocimiento expreso de una obligación administrativa de hacer como de una facultad administrativa; por ejemplo, de una potestad funcional²⁵².

Lo concreto es que esta materia nos exige mirar las obligaciones y deberes de los órganos administrativos como estándares o parámetros de comportamiento²⁵³, con los cuales es posible medir el comportamiento adecuado o no de los órganos de la Administración²⁵⁴. Esto implica considerar que esos

casos no se pueden aplicar mecánicamente; siempre hay un espacio para que la Administración utilice su propio criterio. Lo que sucede es que con frecuencia los legisladores admiten deliberadamente la digresión en casos particulares, o imponen cláusulas de indeterminación. Lo anterior supone que las ocasiones para utilizar tales competencias son el resultado de conflictos entre leyes, de los problemas que no fueron resueltos por la legislación y de leyes imprecisas o ambiguas, que en su totalidad inevitablemente generaran conflictos. Citado en LYONS (1998), p. 56.

250 En este caso una norma impone expresamente a la Administración un deber específico de actuación, por lo cual la sola infracción importa una actividad negativa.

251 En este caso el deber de actuación no está establecido en términos expresos. Pero él bien puede inferirse de las funciones encomendadas a un órgano administrativo. Con igual criterio CASSAGNE (1998), p. 300, afirma que la Administración se vincula con el fin de la competencia de cada organismo, el cual no solo tiene atribuciones expresas o implícitas, sino, de la enunciación de los objetivos, principios de normación.

252 GÓMEZ PUENTE (2000), pp. 58 y 59.

253 MORELL OCAÑA (2001), p. 354, señala citando a ESSER, los *standards* determinan, cada uno en su materia, el grado aplicable de tolerancia jurídica. De ahí que no impliquen por lo común una solución única para cada problema, sino una gama de alternativas que pueden seguirse. El *standard*, pues, traza un ámbito de lo lícito, desplazando al campo de lo ilícito toda conducta que no quede situada en aquel.

254 El deber o las obligaciones impuestas al Estado, según sea la concepción teórica sobre la cual quieran construirse los cometidos estatales, lo que sí es indiscutible es que estos son supuestos objetivos de evaluación. El deber en sentido estricto es expresión de intereses objetivados por una norma al margen de una concreta relación jurídica, en función de los cuales se impone a sujetos determinados y se justifica el poder garantizador que vela por su cumplimiento, o las reacciones por incumplimiento.

Estos tienen ciertas características centrales. En primer lugar, una sumisión al ordenamiento jurídico, pues tienen por efecto generar una situación jurídica objetiva o, en otros términos, una posición jurídica, una realidad estable, permanente y general. En segundo lugar, es necesaria la existencia de un titular. El deber significa una imposición pasiva permanente, los sujetos deben estar determinados por una cualidad e

parámetros o criterios de comportamiento no son el mero cumplimiento de las obligaciones legales, sino el cumplimiento adecuado de las mismas. En otros términos, si la Administración tiene la obligación de suministrar servicios médicos operatorios, lo hará de modo que no baste la mera operación para que la obligación se encuentre cumplida, sino que se respeten ciertos parámetros de higiene y seguridad, que es probable que no se encuentren en la obligación legal expresa, pero es evidente que de ella emanan.

La falta de servicio es posible que sea evaluada desde la perspectiva del estándar²⁵⁵ de cumplimiento de la actividad administrativa. Lo que sucede es que como esos estándares, por regla general, no están determinados explícitamente, es obligación del juez construirlos²⁵⁶ con criterio

individualizados de manera genérica en el seno de una sociedad, lo que supone que a través de dicha vía se especifica el sujeto obligado por el deber. En tercer lugar, tienen un objeto preciso, en la medida que este no consiste en un comportamiento delimitado de modo concreto, sino tan solo de modo genérico, es decir, consiste en un tipo de conducta activa o pasiva que impone el ordenamiento sin hacer referencia a ninguna acción u omisión determinada. En cuarto lugar, suponen la existencia de un poder. No hay poder sin deber, ni deber sin poder. Esta observación define un alcance determinante del carácter objetivo del deber, al destacar la necesaria existencia de un poder implícito no solo para ejercer el deber sino también para exigir su cumplimiento. La existencia de deberes y obligaciones de la Administración, implica por lo tanto, que el Estado es titular de potestades públicas, es decir, de poderes jurídicos que le permiten dar vida a su actuación. La potestad no se genera en ninguna relación jurídica ni en pactos ni en negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento jurídico; en seguida, no recae sobre ningún objetivo específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere al ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones. Por último, no generan una pretensión particular, sino la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos.

Si el deber, como lo hemos expuesto, implica el otorgamiento del poder o potestades públicas, estas se transforman en indisponibles e irrenunciables, por lo que el órgano competente no puede abdicar de ellas para cumplir su cometido estatal, sea realizando acciones directas para disciplinar la actividad de los particulares, sea respondiendo por el incumplimiento de los mismos. PAUNER CHULVI (2001), pp. 3 y 39; MACERA (1998), pp. 35 y 69.

255 En este sentido es importante estudiar la implicancia que el estándar tiene ya no desde la perspectiva de la actividad administrativa, sino desde la antijuridicidad del daño, en otros términos el estándar serviría para determinar si existe el deber de soportar el daño o no. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (2002).

256 INDALECIO BARRAZA (2003), p. 123, afirma que el hecho de que la obligación no sea concreta y determinada no autoriza a sostener que el Estado no deba responder; si la

de razonabilidad²⁵⁷. Esto significa que, al momento de resolver un caso de responsabilidad, deberá considerar cuál es el estándar exigido a la Administración. Frente a esto tendrá dos alternativas: una, medir el estándar de manera objetiva y abstracta, contrastando con la naturaleza de la obligación o deber de la Administración; o bien establecer un criterio de medición subjetivo, es decir, que considere las condiciones en que el servicio funciona.

Un caso que proponemos para comprender este criterio consiste en considerar la atención en los hospitales públicos. Resulta que una persona ha sido operada correctamente, pero al momento de la sutura la aguja queda en el vientre, a consecuencia que los hilos quirúrgicos son de mala calidad, atendido que el hospital no tiene recursos. Si utilizamos el criterio subjetivo, es probable que la actividad del servicio hospitalario esté dentro del estándar: los médicos no podían hacer otra cosa que no sea coser con ese hilo de mala calidad. En cambio, si analizamos con el primer criterio, el estándar objetivo, el hospital debe ser responsable por realizar sus prestaciones sin el instrumental médico adecuado a la actividad que desarrolla.

Es este criterio, el del estándar objetivo, el que permitirá al juez, además, ejercer la función de control sobre la actividad administrativa, y el que le permitirá a la responsabilidad administrativa actuar como medio de prevención, pues exigirá una inversión pública suficiente para prevenir estos daños²⁵⁸.

obligación jurídica existe aunque sea genérica, el Estado es responsable ante la ausencia o inadecuado accionar.

257 SA ZEICHEN (1998), p. 179, sostiene que corresponde al juez interpretar de manera amplia la competencia de los órganos administrativos, de tal modo de encuadrar en ella situaciones que no se hallen expresamente comprendidas, pero que razonablemente pueden inferirse de sus funciones.

258 Una de las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la relativa al control, en el caso de que la Administración desempeñe un buen y adecuado cumplimiento de la actividad de servicio público. Es relevante destacar esta función, pues a través de la verificación de la imputación en estos presupuestos (falta de servicio), la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos. Así, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, imponiéndoles positivamente la carga de una diligencia funcional media que puede operar visiblemente en nuestra tan postrada

Esto exige que ante la ausencia expresa de un estándar normativo, sea el juez quien lo construya a partir de los presupuestos que conforman la actividad estatal²⁵⁹. En ellos, sin duda, puede incorporar el riesgo. En el caso de riesgos que no son típicos, es decir, no descritos por el legislador, la realización de una actividad administrativa que genera un riesgo adicional es fuente de responsabilidad por falta, pues no forma parte del comportamiento regular de un órgano administrativo el estar generando riesgos excepcionales, por lo cual es posible que una actividad lícita, generadora de riesgo excepcional, sea fuente de responsabilidad patrimonial por falta de servicio²⁶⁰.

Como señala la literatura, tras el concepto de falta de servicio se encuentra la idea de la obligación de la Administración de cumplir sus deberes competentemente. En ese sentido, el foco de atención no es la existencia de un deber de diligencia concreto, sino un deber general de administración eficiente²⁶¹.

26.8 EL EJERCICIO METODOLÓGICO PARA RESPONDER LAS PREGUNTAS SOBRE LA FALTA DE SERVICIO. Como se ha presentado hasta acá, la falta de servicio responde a una trilogía canónica del Derecho Administrativo y que se ha desarrollado desde el Derecho Francés, que se traduce en justificar una de tres hipótesis: cuando el servicio no se presta, se presta mal o se

Administración. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), pp. 211 y 212; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2002 II), p. 395.

259 La imposición del deber de indemnizar constituye una manifestación del más puro decisionismo judicial caso a caso. Como afirma VALDIVIA (2005), p. 896, "[l]a inevitable vinculación entre la responsabilidad y las circunstancias de hecho que la motivan adquiere especial relevancia en el terreno de la responsabilidad administrativa. Quien quiera estudiar hoy el derecho positivo inevitablemente debe recurrir a la jurisprudencia. En realidad, el asunto debe necesariamente quedar en manos del juez, pues éste, mejor [que] nadie, está en condiciones de determinar si una conducta merece o no un reproche que justifique poner a cargo de quien responde por ese hecho la reparación de las consecuencias dañosas que provoque (a) o para tomar en cuenta, en función de la equidad, simplemente la necesidad de la reparación de la víctima (b)".

260 Estos elementos se dan a juicio de GAMERO CASADO (1997), pp. 54-58, en los criterios objetivados de responsabilidad, tales como: desempeño de actividades prestacionales por parte de la Administración; la realización de actividades materiales, en ejecución de actos administrativos; la inactividad administrativa u omisiones de actuación frente a deberes legales que pesan sobre la Administración.

261 FAIRGRIEVE (2003), p. 124.

presta tardíamente. Esto explica que muchos utilicen o argumenten la falta de servicio desde la perspectiva de la “culpa”.

Sin embargo, como también se ha explicado, para configurar la falta de servicio el juez necesita de un estándar, y en el Derecho Administrativo la pregunta de cuál es el estándar depende esencialmente de dos cosas: (a) del principio de legalidad que establece la regla de competencia para el organismo administrativo de que se trate y (b) del tipo de atribuciones para la tutela de derechos. Este último factor puede determinar de modo muy distinto la falta de servicio, porque el juez –como veremos un poco más adelante– puede darle un peso relativo mayor al sistema de derechos para construir igualmente la falta de servicio. Explicado de este modo, el juez enfrenta un cuadro de decisiones como el que se muestra a continuación:

Cuadro N° 1

	El servicio no se presta	El servicio se presta mal	El servicio se presta tardíamente
Fallas que afectan derechos			
Fallas por comportamiento irregular de la administración			

Elaboración basada en PAILLET (2001).

En estos casos, cuando hay falta de servicio o cuando no, es un asunto que no depende de la trilogía canónica, sino de la importancia que el juez otorga a la intervención administrativa considerando exclusivamente un comportamiento irregular (los casos tradicionales de falta de servicio) o dando un énfasis en la afectación del sistema de derechos –como criterio de protección absoluta– de modo que por definición una afectación profunda en el sistema de derechos igualmente constituirá falta de servicio. Esta última cuestión ha sido determinante en la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos como “Casas Copeva” (*), “Plomo en Arica II” (*) y “Bajos de Mena” (*), a los cuales haremos referencia más adelante.

Pero todavía el juez debe hacer un segundo ejercicio metodológico, sobre todo cuando quiere determinar la falta de servicio resolviendo si existe o no comportamiento irregular de la Administración. Para eso es

determinante comprender la regla legal de asignación de competencias y cómo se ha establecido la fórmula legal de intervención administrativa. El juez en tal caso enfrenta un segundo desafío metodológico, como se ve en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 2

	El servicio no se presta	El servicio se presta mal	El servicio se presta tardíamente
Regla de competencia			
Modalidad de intervención			
Intervención exigida			

Elaboración propia.

Las respuestas a las preguntas que se formulan a partir del cuadro N° 2 son determinantes para resolver un caso de falta de servicio, esencialmente porque la regla de competencia puede ser general –como suele suceder en las leyes que crean servicios públicos– pero la modalidad de intervención puede estar regulada o determinada por normas reglamentarias o de administración interna como manuales de procedimiento o instrucciones. Este último cuadro también sirve para demostrar que la falta de servicio depende de las “intervenciones exigidas”, cuestión relevante cuando esta última se encuentra normativamente impuesta, lo que es esencial en los casos de “omisiones” administrativas, porque sin regla expresa de intervención exigida, el juez difícilmente podrá construir un caso de responsabilidad por falta de servicio. El ejemplo tradicional será el caso de omisiones de fiscalización por parte de Superintendencias, porque sin regla concreta que exija la intervención, la jurisprudencia entiende que no son suficientes los mandatos generales de la regla de competencia del organismo respectivo para configurar un caso de falta de servicio.

Como se aprecia de los cuadros propuestos, las hipótesis de falta de servicio deben necesariamente responder preguntas más complejas que las que emanan de la trilogía canónica (cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente), de modo que el juez debe metodológicamente considerar otras hipótesis que justifiquen adecuadamente su decisión.

En los casos que comentaremos a continuación se manifiesta parte de estos dilemas.

27. § ALGUNOS COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

28. § LAS VACAS LOCAS Y LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO.

En 2012, la Corte Suprema resolvió el denominado caso de las "Vacas Locas"²⁶² (*). Este constituía una demanda de indemnización de perjuicios interpuesta contra el Fisco de Chile a consecuencia del decomiso y posterior destrucción de productos cárnicos de origen canadiense que realizó la autoridad sanitaria por consideraciones de riesgo sanitario, luego que Canadá advirtiera que animales de su origen presentaban los síntomas de la enfermedad de las vacas locas.

El demandante sostuvo que la medida era desproporcionada, porque entre otras cosas el ingreso de los productos fue anterior a los hechos de la enfermedad; ese ingreso contó con la autorización de la autoridad sanitaria; la autoridad canadiense adoptó cuarentenas siendo los resultados negativos y los productos decomisados son de aquellos que no pondrían en riesgo la salud de las personas porque no permitirían la transmisión de la enfermedad.

Las sentencias de primera y segunda instancia sostuvieron que el Estado era responsable. Las razones que sustentaron su conclusión fueron que, si bien el Estado debe adoptar decisiones a favor del interés general y en consecuencia lícitas, estas no se pueden realizar a costa de un particular sin que ellas constituyan una carga pública anormal y desproporcionada, de aquellas que justificarían la indemnización de perjuicios que el Estado debería pagar a la víctima. Las sentencias afirmaron, en síntesis, que no se podía afectar el derecho de propiedad de un particular bajo el pretexto de resguardar el riesgo a la salud humana de la población en general, sin que mediara indemnización.

La Corte Suprema fue de una opinión distinta, revocando las decisiones previas que acogían la demanda y confirmando, de paso, su tesis actual en

²⁶² Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 9924-2010, 20.11.2012.

materia de responsabilidad del Estado por actos lícitos. En una sentencia redactada por el Ministro PIERRY, la Corte afirmó que para la existencia de un sistema de responsabilidad objetivo por acto lícito –como el que se pretendía en este caso– el legislador debía establecer expresamente ese título de imputación. Confirmando la opinión de la Corte desde el caso "*Domic Bezic*" en 2002, afirmó que tampoco era admisible fundar el sistema de responsabilidad objetiva directamente en la Constitución, porque este depende solo de la ley.

Como algunos sabrán, los hechos de este caso son los que habitualmente enfrentan a partidarios de uno u otro sistema general de responsabilidad del Estado. En el caso del Derecho Chileno, el debate de responsabilidad por actos lícitos se ha planteado en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde principios del siglo XX a consecuencia del mítico caso Lapostol (1908)*, en donde la Corte decidió que el Estado debía indemnizar a una persona que sufría un gravamen en su propiedad producto de medidas prohibitivas para desarrollar una actividad (prohibición de explotación de un fundo para resguardar la calidad del agua potable), cuando estas se adoptan en beneficio de la comunidad, pues nadie podía ser privado de lo suyo. Esta discusión se generó nuevamente en la década de los 80 con un fallo ampliamente citado como "*Galletué*" (1984)(*), cuando la Corte decidió que el Estado debía indemnizar los perjuicios en la propiedad de un particular como consecuencia de la adopción de medidas lícitas y legítimas (declaración de monumento natural de la Araucaria), cuando estas imponen un gravamen de contenido singular que implica la prohibición de desarrollar una actividad que hasta el momento previo a la decisión era lícita, teniendo como fundamento la Constitución y la equidad. Esta tesis fue confirmada por la Corte el 2001 cuando dictó la sentencia en el caso *Quintana* a consecuencia de la prohibición que impuso el SAG de pastoreo en unos predios con el propósito de evitar propagación de enfermedades animales. La tesis de la Corte en ese caso fue que el Estado debía indemnizar a las personas que sufrían una lesión constitutiva de infracción a la igualdad ante las cargas públicas, aunque no existiese norma legal expresa que autorizara la indemnización.

La Corte, sin embargo, advirtió su cambio de opinión en 2004 cuando en la sentencia del caso "*Lolco*"(*) –prohibición de explotación de Araucaria– afirmó que la única manera en que sería admisible que el Estado indemnizara por actos lícitos sería por medio de regulación legal

expresa. Sin embargo, en ese caso no pudo dejar sin efecto la sentencia por errores en la interposición del recurso de casación. El año 2010 la Corte dictó la sentencia en el caso "*Inmobiliaria Maullín*"(*) en donde ratifica la doctrina Lolco. La conclusión de ese fallo es que la declaración de monumento nacional de un bien no constituye un daño por el cual el Estado deba responder, toda vez que no hay normativa constitucional que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción al derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas.

La tesis de la Corte en el caso de las "Vacas Locas" ratifica su doctrina actual en materia de responsabilidad por actos lícitos. En términos sencillos, la Corte se detiene en la existencia o no de una acción específica para resolver la procedencia del sistema de responsabilidad, no en la entidad del daño y sus consecuencias. El efecto de esta manera de plantear el debate es que los daños singulares y extraordinarios, a consecuencia de medidas que benefician a la comunidad, nunca serán indemnizables. Esto supone considerar que existe un amplio "alea" de vivir en sociedad y que las pérdidas singulares de una medida de beneficio colectivo, son el costo de vivir en sociedad.

Al razonar de ese modo, la Corte de paso cierra la posibilidad de construir un sistema de responsabilidad del Estado por actos lícitos por la vía jurisprudencial. Esta decisión puede ser compleja, porque si hay algo que caracteriza el derecho de daños, en especial en el caso del Estado, es su construcción jurisprudencial antes que doctrinal y legislativa.

Creo que la Corte no hace bien cuando en su razonamiento prescinde de la entidad del daño según el tipo de derecho afectado y solo se focaliza en la existencia de la acción, porque renuncia probablemente a su rol protagónico en los estándares de control del Estado mediante la acción de responsabilidad. Si bien el título de imputación de igualdad ante las cargas públicas no puede ser de alcance general ni puede justificar un modelo completo de responsabilidad del Estado como algunos pretenden, sí justifica su aplicación en casos concretos.

Por eso, en general, incluso en los países de reconocida tradición en la aplicación de la falta de servicio como título de imputación, en algunos casos los jueces acceden al otorgamiento de indemnizaciones a consecuencia de una eventual infracción de la igualdad ante las cargas públicas bajo un escrutinio estricto de los hechos. Como afirma la literatura (PAILLET)

el razonamiento judicial consiste en que, si no se puede reprochar al poder público el haber actuado generando perjuicio, conviene no dejar este a cargo de la víctima, como consecuencia de que excede los sacrificios que pueden imponerse a los ciudadanos sin contrapartida. Es solo ahí en donde comienza el perjuicio anormal y especial que constituye la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas generadora de responsabilidad. Anormal, porque los ciudadanos administrados deben soportar sin indemnización un cierto nivel de incomodidad dentro del marco de la vida social. Especial, ya que la ruptura ante la igualdad no se establece sino cuando un reducido número de personas puede quejarse de un tratamiento más desfavorable que el conjunto de los administrados. La responsabilidad pecuniaria comprometida sobre ese fundamento corresponde exactamente al precio que el poder público acepta pagar por dañar en nombre del interés general y sin crítica al respecto.

El caso de las "Vacas Locas" ha vuelto a abrir una discusión recurrente en nuestra literatura sobre la existencia o no de la responsabilidad del Estado por acto lícito, al margen de la declaración legislativa concreta. La manera de responder a esa pregunta depende en buena parte del modo en que distribuimos los riesgos legítimos en una sociedad democrática y la extensión del rol de los jueces en la resolución de los casos de daños. La pregunta sigue estando vigente: ¿Son admisibles medidas de bienestar colectivo que provocan un daño singular, sin transferencias de ningún tipo de la sociedad a la víctima? En mi opinión, la respuesta no está en la licitud constitucional de la medida, pero sí se encuentra en el derecho de daños.

29.8 CONFIANZA LEGÍTIMA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Durante el último tiempo, entre nosotros, los practicantes del Derecho han utilizado de un modo abusivo el denominado "principio de la confianza legítima" como un criterio que, aplicado a la actividad administrativa, debería extenderse a distintos aspectos de la intervención pública. Esto es especialmente significativo en ámbitos en donde está en juego el derecho de propiedad o la pretensión de ser titular de él.

Como se sabe, la figura de la confianza legítima tiene su origen en una sentencia de 1956 del Tribunal Federal Alemán relativa a la revisión de una pensión de viudez, y de ahí se trasladó al Derecho Comunitario en donde

ha tenido un rol protagónico como título de imputación de responsabilidad del Estado por infracción al Derecho Comunitario, siendo finalmente aceptado con distintos niveles de profundidad en los sistemas legales de los países de la Unión (en el Derecho español su incorporación legislativa se hizo en 1999 y existió una aplicación jurisprudencial previa en casos de responsabilidad por Estado Legislador).

Sin embargo, existe bastante acuerdo en la doctrina que este principio debe administrarse con mucho cuidado, porque lo que busca es exigir que se mantengan las situaciones que se han creado a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Por tal motivo, se indica (MUÑOZ MACHADO) que la confianza legítima, desde el punto de vista de los mecanismos de control de la Administración, no tutela derechos adquiridos sino, esencialmente, meras expectativas, razón por la cual se desprende que debe adoptarse con suma prudencia a la hora de ponderar la conducta administrativa.

En Chile, la primera vez que la jurisprudencia utilizó este principio fue cuando el Tribunal Constitucional lo argumentó en el caso “*Deuda subordinada*” en 1995 (Rol N° 207), con el propósito de reforzar la idea de irretroactividad de normas que pudieren afectar “derechos adquiridos” de los accionistas. Con posterioridad, la Contraloría el año 2000 (dictamen N° 6.210), en el caso de “*Concesiones Sanitarias*”, aplicó el principio en un problema de transiciones regulatorias para evitar afectar una solicitud en trámite de ampliación de una concesión a quien afectaba directamente la nueva regulación. En adelante, la Contraloría ha utilizado ese principio para reforzar los límites a la potestad invalidatoria de la Administración considerando los actos creadores de derecho. Por su parte, la Corte Suprema lo utilizó el año 2005 en el caso de “*Empresa Eléctrica de Talca*” (Rol N° 1596-2005), afirmando que el principio era aplicable en relación con la consistencia respecto de la cual deben observarse las conductas de la Administración en el tiempo, de manera que si esta indujo al ciudadano a realizar determinados actos, no podía con posterioridad sancionarlo por lo que ella había promovido.

En enero de 2013, la Corte Suprema por primera vez aceptó el principio de confianza legítima como un título de responsabilidad extracontractual

de la Administración. En el caso “*Terminal Rodoviario Interprovincial*”²⁶³, la Municipalidad de Santa Cruz había autorizado la instalación de un terminal de buses en su comuna, lo que implicó para la empresa operadora de dicho terminal obtener todas las autorizaciones sanitarias y de transporte requeridas. Sin embargo, la misma Municipalidad permitió el funcionamiento de otro terminal en una zona no autorizada y no ejerció las competencias de las cuales estaba investida para dictar las normas de uso de vías de transporte local cuando se advirtió la situación, lo que evidentemente afectó la actividad económica de los operadores del primer terminal.

Para la Corte este es un caso de responsabilidad del Estado por violación del principio de la confianza legítima. En su opinión, cuando el interesado solicitó la información al municipio y obtuvo todos los permisos, realizó su inversión “confiado en que el municipio actuaría de manera acorde a su propia normativa y a lo que la autoridad de transporte le ordenaba”. Al omitir la dictación de la correspondiente Ordenanza, permitió que los buses siguieran utilizando un lugar no autorizado, “dejando en desuso el construido especialmente al efecto, omisión que originó los daños” que se demandaron. Esto le permite sostener finalmente a la Corte que “el comportamiento o gestión municipal impugnada desconoce el deber de actuación coherente que se desprende del principio de protección de la confianza legítima que rige en el Derecho Administrativo moderno y que se traduce en la legítima expectativa del administrado, en relación a la conducta de la Administración, ello, en el entendido que es el ente de la Administración –municipal en este caso– el que se encuentra en mejores condiciones de evaluar los antecedentes relativos al transporte, puesto que contaba con todas las herramientas legales para dictar la reglamentación para regular y ordenar el transporte rural e interurbano en la Comuna de Santa Cruz”.

El caso del Terminal Rodoviario revela las dimensiones sobre las cuales puede ser entendido el principio de la confianza legítima más allá de los límites a los poderes de revisión de la Administración o a la irretroactividad de las reglas del juego. En su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado queda de manifiesto cómo los jueces, cuando tienen que determinar el título de imputación por falta de servicio, realizan controles ex post del

263 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 7086-2010.

funcionamiento de los organismos estatales, y de alguna manera imponen los criterios sobre los cuales los jueces consideran que la Administración debe obrar frente a los ciudadanos. Es típicamente una acción de control.

Esta sentencia hace compatible la razón de existencia del principio en cuanto busca la preservación de un derecho del ciudadano a impetrar previsibilidad en el comportamiento administrativo –a fin de orientar su acción personal, profesional o de empresario– sin sorpresivas variantes en sus vinculaciones jurídicas ya existentes con la Administración, con las consecuencias que se generan si ese principio se vulnera.

Sin embargo, por la entidad de los efectos que genera, los jueces lo deben aplicar con cautela, para no confundir la infracción a una regla de comportamiento administrativo con un seguro público a negocios privados. Lo anterior exige identificar muy bien bajo qué condiciones es posible afirmar la vulneración de tal principio, de manera de no confundir los legítimos cambios de una política pública o una decisión estatal, con títulos de responsabilidad del Estado.

30.8 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ACTOS DE GOBIERNO. En agosto de 2014 la Corte Suprema resolvió el caso “*Guzmán Espinoza*”²⁶⁴, en donde nuevamente sostuvo que no procede la indemnización de perjuicios a consecuencia de los saqueos ocurridos días después del terremoto del 27 de febrero de 2010, porque no se aprecia que exista falta de servicio. Sin embargo, lo más relevante es que la Corte afirma que una decisión como esa no puede ser objeto de revisión judicial por existir un asunto asociado a un “acto de Gobierno”, extendiendo este criterio no solo al control de la omisión de la declaración de estado de catástrofe, sino que también a las consecuencias lesivas de esas actuaciones que se debían resolver en un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración. Con esta decisión reafirma el criterio que señaló en el caso “*Campos Herrera*” en diciembre de 2013 (24.12.2014, Rol N° 4029-2013).

La tesis central de esas dos decisiones es que una declaración de estado de excepción constitucional es una atribución privativa del Presidente de la República, que no puede estar sujeta a “control judicial en relación

264 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2839-2014.

a su mérito u oportunidad”, porque en esencia es “un acto político o de Gobierno, no justiciable”. La tesis de la Corte se basa en el artículo 45 de la Constitución –que impide el control judicial de las circunstancias de hecho del acto dictado–, pero en mi opinión el tribunal extiende ese criterio más allá de su naturaleza y límites, llevándolo incluso a su aplicación a los daños de determinado tipo de medidas u omisiones.

Este caso trae a la memoria algunas preguntas incómodas para el Derecho Administrativo: por un lado, ¿qué rol cumple la responsabilidad del Estado en un sistema democrático?, ¿solo una finalidad reparatoria o puede ser utilizada como un medio de control *ex post* por parte del juez?; por el otro, y es una de las más incómodas, ¿podemos reconocer todavía la categoría del acto de Gobierno como una medida exenta de control judicial?

En relación a la primera, creo que existen poderosos argumentos para afirmar que la responsabilidad del Estado no solo cumple una finalidad reparatoria, sino que, además, el juez al construir el estándar de responsabilidad define también el criterio de control *ex post* del funcionamiento de la Administración. En efecto, cuando se decide un asunto bajo el título de falta de servicio, el juez define qué tipo de servicio –de acuerdo a la regla de legalidad– es el que debía utilizar la Administración. En esa operación intelectual, el juez controla a la actuación administrativa, indicando al Estado cómo proceder en el futuro, decidiendo cosas más allá que la mera indemnización de perjuicios. Ese rol del juez en materia de responsabilidad del Estado es esencial en la calidad futura de los servicios públicos²⁶⁵.

La segunda es algo más compleja. El acto de Gobierno es una institución que goza de mala fama, porque tras él se oculta la exención de control de las decisiones basadas en motivos “políticos”. Como se sabe, esa es una vieja teoría del Derecho Administrativo que trata de recurrir a la idea de que no es posible que un juez se involucre en evaluar la legalidad de las medidas que son propias de las gestiones del Gobierno. Por eso, durante largos años ha existido una tensión entre quienes afirman que es necesario reconocer una categoría acotada de este tipo de actos (hoy denominados institucionales, que se aplican en cuestiones como relaciones Ejecutivo-Congreso y relaciones internacionales), de otros que sostienen

265 Vid. MARTÍN REBOLLO (1999); MIR PUIGPELAT (2002); CORDERO VEGA (2010).

que admitirlos implica reconocer zonas de exención inadmisibles en un Estado de Derecho²⁶⁶.

Pero, con indiferencia de la posición que se asuma en relación a este tipo de actos, existe en la literatura un consenso bastante importante en que, en el caso que reconozcamos su necesidad, los casos de actos de Gobierno o institucionales deben ser entendidos en términos restrictivos, de lo contrario, corremos el riesgo de generar condiciones de inmunidad de poder amplias que, en general, nos parecen intolerables²⁶⁷.

Por tal motivo, creo que el razonamiento de la Corte para fundar la decisión de este caso es incorrecto. Por un lado, porque otorga la condición de acto de Gobierno a una medida de interés general que no tiene tal condición. Lo que la Constitución impide a los jueces (art. 45) es realizar una evaluación de los supuestos de hecho cuando se declara un estado de excepción, y que la Corte entiende que le impide evaluar las cuestiones de mérito u oportunidad de la decisión. Sin embargo, este último límite es estructural a cualquier control judicial, para que no se viole el principio de separación de poderes, pero no implica por esa sola circunstancia afirmar la existencia de un acto de Gobierno. Esa calificación tiene consecuencias superiores a las sostenidas por la Corte, por eso su calificación resulta incorrecta y peligrosa.

Por otro lado, porque al extender de ese modo la exención del control judicial, extiende también su imposibilidad de juzgamiento a los efectos de una medida de este tipo. Lo que la Constitución impide es controlar el mérito de la medida, no las consecuencias antijurídicas para los particulares. Ahí está el principal efecto de traer a este caso el acto de Gobierno, precisamente porque genera una inmunidad en el sistema de daños públicos que resulta inadmisibile, lo que en mi opinión genera inconsistencias con la propia norma constitucional.

Los casos del 27 F son interesantes asuntos para discutir hasta dónde podemos extender los títulos de imputación de responsabilidad del Estado por falta de servicio²⁶⁸, pero no creo que sean útiles para reivindicar un tipo

266 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1998).

267 Vid. GARRIDO CUENCA (1998).

268 Ver además de los señalados, sentencias de la Corte Suprema, Roles N°s. 16885-2013, 16920-2013, 1629-2013, 1250-2012.

de acto como el del Gobierno, habitualmente sospechoso, porque supone eximir de control las medidas adoptadas por el Estado, pero especialmente sus omisiones. Ampliar esa categoría a esta última hipótesis es el inicio de la confusión de muchas cosas y creo que la Corte no necesitaba recurrir a ella para resolver del mismo modo —rechazando la demanda de daños— el caso sometido a su decisión. En el pasado prefirió recurrir a la causalidad y ahí, pareciera, existe un argumento bastante plausible.

31.§ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ACTOS DISCRECIONALES. ¿Debe el Estado indemnizar a una persona que alega sufrir daños a consecuencia de la adopción de un acto administrativo de contenido discrecional?

Esa pregunta trató de resolverla la Corte Suprema en septiembre de 2014²⁶⁹, en un caso en donde se había declarado desierto de una licitación pública, en la cual existió un único oferente.

En ese procedimiento licitatorio el Tribunal de Compras Públicas declaró ilegal el acto que decidió la inadmisibilidad de la propuesta del único oferente y ordenó retrotraer el procedimiento a la etapa de evaluación de la propuesta, afirmando que en el evento de que esto no fuese posible, el afectado tenía el derecho a “perseguir el pago de las indemnizaciones que corresponden por la vía jurisdiccional pertinente”. Sobre la base de esa declaración el afectado entendió que tenía un derecho a la reparación por no haberle adjudicado una licitación en donde su oferta era admisible y constituía el único oferente, de modo que el Estado debía indemnizarlo por los flujos de un contrato que pudo tener, pero que finalmente no pudo suscribir.

La tesis de la Corte es que esa pretensión resulta inadmisibile, esencialmente porque la adjudicación en un proceso licitatorio constituye una facultad discrecional de la autoridad administrativa en donde está en juego no solo la legalidad, sino también la conveniencia para el organismo público en dicha contratación. Por tal motivo, afirmó la Corte, quien participa en una licitación solo tiene una mera expectativa, que no puede ser objeto de reparación.

269 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 16582-2014.

La sentencia de la Corte recuerda uno de los temas escasamente tratados en materia de responsabilidad del Estado, especialmente en nuestro país, asociado a los daños que podría ocasionar la adopción de un acto discrecional. Esto es especialmente relevante en procedimientos licitatorios, estructuralmente contruidos a base de este tipo de potestades. Existe una consistente jurisprudencia que señala que la facultad de adjudicación de una licitación, es una potestad discrecional de la autoridad administrativa. La Contraloría ha sostenido que esta es una atribución "inherente de la autoridad administrativa para contratar o no y con quien lo hace", siendo en consecuencia "competencia de la administración activa ponderar y adjudicar las propuestas" de acuerdo a las bases de licitación²⁷⁰.

Esta sentencia demuestra con facilidad cómo los casos de responsabilidad del Estado se dan con mayor facilidad cuando el acto administrativo incide en situaciones jurídicas preexistentes que cuando se deben decidir reparaciones en asuntos en donde se deben crear nuevas situaciones favorables para un ciudadano, como sucede en el caso de una licitación pública o un concurso público²⁷¹. La discrecionalidad en tales casos hace que cualquiera opción que elija la Administración –en el contexto de las atribuciones conferidas– es lícita y, en consecuencia, no puede ser constitutiva de falta de servicio.

Por tal motivo, la decisión de la Corte es relativamente consistente con lo señalado por la doctrina de antiguo que ha indicado que la ilegítima adjudicación de un contrato no genera ningún tipo de responsabilidad patrimonial porque el licitador perjudicado no es titular de un derecho subjetivo a la obtención del contrato²⁷².

El efecto de una tesis como esta es que coloca al centro de la discusión de responsabilidad del Estado algo que la doctrina chilena no ha considerado y es que para resolver estos asuntos lo relevante, además de la existencia de falta de servicio como título de imputación, es que se busque resarcir un derecho subjetivo o interés específicamente protegido por el sistema legal²⁷³.

270 Dictámenes N°s. 37.011, 1997; 27.8837, 2002 y 32386, 2013.

271 Vid. MIR PUIGELAT (2002).

272 Vid. BOQUERA (1963).

273 Vid. MARTIN REBOLLO (1999); MEDINA ALCOZ (2005); DE AHUMADA (2000); MIR PUIGELAT (2002).

Pero ¿por qué importa este detalle? Porque existe una cierta tendencia a creer que la responsabilidad del Estado se satisface con la sola existencia del título de imputación por falta de servicio, operando en lo demás como una especie de garantía general de legalidad. Este es un asunto que la Corte Suprema ha estado discutiendo implícitamente cuando ha debido decidir si la mera declaración de ilegalidad de un acto administrativo es suficiente para el otorgamiento de indemnizaciones, asunto que como hemos visto en los últimos años no es pacífico en la Corte²⁷⁴.

Pero, además, existe un segundo aspecto de interés en esta sentencia. La Corte desecha cualquier posibilidad de indemnización en casos de daños en licitaciones públicas cuando se ha defraudado la confianza, algo que el Tribunal de Compras en cambio, sí cree.

Este tema es relevante de cara al origen de la lesión de la confianza en los tratos preliminares (p.e. una licitación) como título de imputación de responsabilidad (IHERING), que como se sabe es reconocido para aquellos casos en donde el afectado carece de un derecho jurídicamente tutelado (no hay contrato suscrito), pero en que sí se afectó la confianza al defraudarla la otra parte ilegítimamente por faltar al deber de lealtad en los tratos previos, en este caso las declaraciones de ilegalidad en una licitación. Por eso, para esta doctrina, lo que se debe indemnizar es el denominado "interés negativo" o "interés de confianza". El problema en tal caso es cómo se debe determinar el daño²⁷⁵.

La decisión de la Corte en esto resulta relevante, porque en su opinión no es posible afirmar que exista una relación de causalidad entre la no adjudicación del contrato –respecto del cual tenía meras expectativas– con el lucro cesante. Al decidir de este modo, la Corte recuerda lo complejo que es resolver casos de este tipo, en donde se pide al lucro cesante prácticamente una certeza fáctica para otorgar las indemnizaciones.

El problema es que en casos como este, lo relevante para efectos del daño no es la certeza, sino las probabilidades de ocurrencia del daño, algo así como el costo de oportunidad de participar en una licitación que

274 Ver en este sentido los casos Pozo Saavedra, 30.01.2013; Inmobiliaria Santa Anita, 22.11.2012 e Inmobiliaria San Andrés, 02.08.2010.

275 MEDINA ALCOZ (2005).

finalmente no se adjudicó. Para eso la teoría del “interés negativo” o “interés de confianza” podría cumplir algún rol, de cara a los intereses de los participantes en una licitación pública y como equilibrio a los poderes discrecionales de la autoridad administrativa en procedimientos de este tipo.

32.8 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y JUSTICIA AMBIENTAL. En mayo de 2013, la Corte Suprema dictó la sentencia en el caso de “La Cañamera”²⁷⁶ (*), condenando al Fisco y a la Municipalidad de Puente Alto a indemnizar el daño moral por los perjuicios que sufrieron los vecinos del ex vertedero La Cañamera. La tesis de la Corte se traduce en lo siguiente: a) el Estado debe responder cuando producto de sus actos u omisiones ocurren daños sanitario-ambientales que afectan a las personas, en especial aquellas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad, y b) no es posible excluir de la acción de responsabilidad el cumplimiento de obligaciones formales; los organismos públicos tienen, en opinión de la Corte, competencias sustantivas respecto de las cuales es necesario apreciar los resultados de sus atribuciones.

Los hechos del caso son determinantes para entender el problema. La Cañamera correspondía a un sector agrícola que en la década de los 60 comenzó a ser utilizado como vertedero de residuos domiciliarios de varias comunas de Santiago. En la década de los 80 dejó de ser utilizado con esos fines y en 1985 se adquirieron esos predios por la Municipalidad, una inmobiliaria y el Fisco con, entre otros, el propósito de construir viviendas sociales. Estas se construyeron a partir de 1996. Sin embargo, desde aproximadamente la misma fecha la Municipalidad de Puente Alto toleró la utilización de parte de los predios no construidos como vertedero, además de haber recepcionado las obras sabiendo que en tal lugar existía y operaba un vertedero ilegal.

Desde el año 2002 los vecinos reclamaron por el riesgo que implicaba el lugar desde la perspectiva de seguridad y problemas sanitarios, en especial los de salud que los afectaban (intoxicación con metales pesados). La autoridad sanitaria instruyó sumario, multó al Municipio, a la inmobiliaria

²⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 10156-2010, también conocido como “*Bajos de Mena*”.

y al Serviu, ordenando el cierre perimetral, la presentación de un plan de cierre del exbasural y la ejecución de medidas sanitarias.

Los organismos públicos cumplieron parcialmente esas obligaciones y los vecinos demandaron de perjuicios al Estado y a la inmobiliaria.

Pero ¿por qué es tan relevante este caso? La Corte consideró que era intolerable un caso como este por la omisión permanente y sobre todo por la afectación de un grupo vulnerable de ciudadanos. El caso es de aquellos que habitualmente son estudiados en Justicia Ambiental. Con este término, nacido en la década de los 70, se quiere destacar que ningún grupo de personas, incluyendo grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de efectos ambientales o sanitarios negativos como consecuencia de operaciones industriales, comerciales o medidas estatales de cualquier tipo²⁷⁷.

La idea central de Justicia Ambiental es que el sistema legal no debe tolerar actos de discriminación de ese tipo, por lo cual es necesario disponer de medidas correctivas y distributivas suficientes frente a cargas de estas características.

El caso “*La Cañamera*” es clásicamente un caso de Justicia Ambiental. En efecto, los afectados son un grupo de personas especialmente vulnerables, que acceden a viviendas sociales (con indiferencia de la modalidad a la cual se accede a ellas y quién las construye), que el Estado aceptó su construcción, sabiendo que estaban al costado de un predio de propiedad estatal en donde se toleró su uso como vertedero, que afectó la salud de las personas y en donde la autoridad sanitaria intervino con su potestad sancionatoria.

La principal defensa de la autoridad fue que había aplicado las normas legales en los momentos que correspondía hacerlo. La Corte recordó a la autoridad que el cumplimiento de normas formales no exime los deberes de previsión que el Estado debe tener en virtud de sus potestades públicas, en especial la municipalidad. Esta incurrió, en opinión de la Corte, en una conducta poco cuidadosa respecto de quienes acceden a viviendas con subsidio estatal en la creencia que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario.

²⁷⁷ Vid. EPA (1999); HERVÉ (2015).

La Cañamera recuerda la tesis de la Corte en octubre del año 2012 en el caso “*Copeva II*”²⁷⁸ sobre la observancia que deben tener los jueces en relación a la posición de los ciudadanos afectados. En tal caso, la Corte condenó al Estado por los daños que ocasionaron los temporales del año 1997 en viviendas sociales de la comuna de Puente Alto, recordando que las personas afectadas habían accedido a ellas sobre la base de su marginalidad habitacional, de modo que el Estado debía preocuparse de la construcción y los lugares en donde se instalaban tales viviendas, con indiferencia de quienes finalmente las construyen. Es decir, para la Corte las competencias de la autoridad debían considerar siempre la especial posición de los ciudadanos que son afectados, pues en eso consiste su rol de garantizador de derechos.

El caso “*La Cañamera*” plantea de un modo adecuado los dilemas indemnizatorios que se generan tras un problema de Justicia Ambiental, extendiendo la falta de servicio a casos para los cuales originalmente no fue construida. Sin embargo, también revela los alcances limitados que tienen las compensaciones por daño moral para los afectados, que al final solo beneficiaran a quienes demandaron, con consideraciones correctivas y no distributivas, que no obstante hechos como estos podrían justificar.

En estricto rigor, problemas de este tipo requieren de otras soluciones, como son los fondos de recuperación y compensación de pasivos ambientales, en especial cuando los genera el propio Estado a consecuencia de sus actos o políticas públicas, que además afectan a quienes acceden a prestaciones públicas precisamente por su especial consideración de vulnerabilidad.

Pero, mientras tales instrumentos no existan, la acción de responsabilidad del Estado por falta de servicio pareciera el único instrumento de corrección y en tales condiciones, sus efectos siempre estarán limitados en sus propósitos distributivos.

33.§ FALTA DE SERVICIO Y RIESGO. En noviembre de 2014 la Corte Suprema resolvió el caso “*Cerro Chuño*”²⁷⁹, en donde condenó al

278 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 8895-2009.

279 También denominado “*Plomo de Arica II*”, sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 11857-2014.

Servicio de Salud de Arica porque no se adoptaron las medidas sanitarias adecuadas por el inadecuado tratamiento, transporte y depósito de los residuos tóxicos que fueron acopiados en lugares cercanos a las víctimas. La tesis del Servicio de Salud es que los afectados tenían concentraciones de plomo inferiores a las señaladas por la Organización Mundial de la Salud y no se había acreditado la causalidad con el daño invocado por los afectados.

Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones rechazaron la demanda, aunque por distintas razones. Esta última sostuvo que los afectados no habían acreditado la falta de servicio, pero tampoco la causalidad con el daño.

La tesis de la Corte Suprema fue distinta, sostuvo que en el proceder del Servicio de Salud había existido falta de servicio y que los daños invocados debían ser atribuidos a la actuación del Estado.

La tesis del tribunal fue que existió falta de servicio porque la autoridad administrativa adoptó una decisión (disposición de residuos tóxicos que pueden afectar la salud humana) en una zona próxima a lugares habitados. Para la Corte esa decisión impuso un riesgo desproporcionado a las víctimas, de modo que es por sí misma esa actuación constitutiva de falta de servicio, especialmente si las obligaciones que se están considerando corresponden a las de una autoridad administrativa que por sí misma debe proteger la salud de las personas.

De ahí que la Corte recurra al daño moral para ordenar la reparación, insistiendo en que, para que esa compensación sea posible, no es necesario acreditar derechos subjetivos de los afectados. Lo relevante en este caso es que la Corte decide, para superar el problema de causalidad fáctica, afirmar que, aunque las concentraciones de plomo fuesen inferiores a las normas sanitarias, la mera circunstancia que dichos contaminantes estén en el cuerpo de las personas es razón suficiente para otorgar las indemnizaciones. Sostuvo la Corte que resultaba “indudable que la mera introducción de semejante clase de sustancias en ellos configura *per se* una consecuencia indeseada, perniciosa o nociva”.

Las razones que esgrime la Corte para resolver el asunto expresan en toda propiedad por qué el sistema de responsabilidad del Estado, además de un sistema de reparación, es un instrumento de control que utilizamos frente a las intervenciones de la Administración. En estos casos, los jueces

definen un estándar sobre el cual creemos deben funcionar las agencias públicas más allá de un problema de legalidad²⁸⁰.

En efecto, como se sabe, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo²⁸¹. De manera que tradicionalmente se indica que estamos en presencia de ella cuando no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche²⁸². Pero también es relevante recordar que progresivamente la falta de servicio ha incorporado variables como los atentados a los derechos de los administrados, que pueden manifestarse de varias formas: ruptura de igualdad ante las cargas públicas, ante los servicios públicos y violación del derecho al funcionamiento correcto de los servicios públicos²⁸³.

Por ello, es lógico calificar a la falta de servicio con un criterio de objetividad, en el sentido que lo que se exige para la imputabilidad por responsabilidad es la anormalidad en el funcionamiento de los órganos de la Administración. Decir que la Administración ha incurrido en falta de servicio es simplificar lo que en la realidad ciertamente ha ocurrido y es que el órgano administrativo ha actuado de manera anormal, considerando que las obligaciones de los organismos administrativos siempre estarán nominalizadas.

Para la Corte, esa anormalidad no está en el cumplimiento de un estándar legal u obligación concreta, sino en la exposición al riesgo que expuso a los ciudadanos en el ejercicio anormal de su competencia. Por esa vía, la Corte Suprema utiliza la falta de servicio como un medio de control de la actividad administrativa, pero también como un medio de tutela subjetiva de la posición de los ciudadanos frente al correcto funcionamiento de los organismos administrativos, construyendo de ese modo la falta de servicio

280 Vid. CORDERO VEGA (2010).

281 Vid. RIVERO (1984).

282 Vid. CHAPUS (1995).

283 Vid. PAILLET (2001); DEBBASCH (1991).

bajo un sesgo garantista y distributiva de la acción de responsabilidad del Estado.

Este criterio se ve reforzado con la idea que ocupa la Corte en materia de causalidad, porque prescinde de la facticidad, llevando al riesgo y la compensación al daño moral. ¿Es esto ilógico? La verdad es que no. Lo que la Corte termina haciendo es manifestarse partidaria de un modelo de causalidad asociado a lo que la literatura denomina teoría del daño desproporcionado, que en términos sencillos se traduce en que se debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que este por sí mismo, por sí solo, denota un componente de culpabilidad como corresponde a la regla de *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla de la "*Anscheinsbeweis*" (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la "*faute virtuelle*" (culpa virtual), que significa que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta²⁸⁴.

En el caso "*Cerro Chuño*", la Corte ha dado un paso adicional en la utilización de la acción de responsabilidad como medio de garantía y control, especialmente en el caso de daños colectivos ocasionados a consecuencia de la intervención de un organismo administrativo, algo que ya se anticipó en los casos "*Copeva*" y "*Bajos de Mena*", que comenté en otra oportunidad, y que tienen como elemento común con este caso la afectación de personas en condiciones de vulnerabilidad, en que la Corte actuó mediante el sistema de responsabilidad compensando daños morales, en un rol de tutela de esas personas frente a la Administración más allá de la justicia correctiva.

34. § LA DELIMITACIÓN DE LA FALTA PERSONAL. En marzo de 2015, la Corte Suprema resolvió una demanda de responsabilidad del Estado, a favor de los sobrevivientes del denominado caso "*Antuco*" (12.03.2014, Rol N° 24984-2014), un asunto en donde nuevamente se discutía sobre los alcances de la falta personal. Como se sabe, en este caso a un grupo de conscriptos se les ordenó realizar una marcha de instrucción en la cordillera,

284 RUIZ DE PALACIOS (2014) y CARAZA CRISTÍN (2016), refiriéndose a la STS de 2012 (RJ 2012/10586)

sin el equipamiento adecuado y sin que existieran las mínimas condiciones de seguridad para que ella fuera llevada a cabo. Los oficiales a cargo de los conscriptos fueron condenados por incumplimiento de deberes militares por la Justicia Militar. Por su parte, en la acción civil el juez de primera instancia desechó la demanda, pero la Corte de Apelaciones de Santiago condenó el proceder del Estado por falta de servicio.

Sin embargo, la Corte Suprema, aunque rechazó el recurso de casación, señaló que en este caso el Estado debía ser condenado por la falta personal de los agentes y no por falta de servicio, citando como fundamento su decisión en el asunto "*Morales Gamboa (2011)*", que es en sí mismo un polémico precedente sobre los límites de la responsabilidad del Estado por falta personal.

Pero para comprender los alcances de esta discusión es necesario realizar algunas precisiones, sobre asuntos que ya hemos analizado.

Como hemos estudiado, la idea de falta de servicio, tradicionalmente explicada desde la doctrina francesa, se da en las hipótesis en que el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente. Por eso, se indica que el hecho del servicio es aquel que es indisociable del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad, de suerte que no puede imputarse a tal o cual agente de manera individual. Pero también el hecho del servicio puede residir en la actuación de un agente identificado, en la medida que no es separable del servicio sino en el funcionamiento u organización colectiva de la Administración²⁸⁵.

De este modo, existe acuerdo en la literatura que la falta de servicio imputable a un organismo de la Administración puede situarse por igual en un hecho cuyo autor es un funcionario identificado, como en el hecho anónimo cuyo autor individual se desconoce²⁸⁶.

Por su parte, la existencia de falta personal está construida sobre la idea de una culpa cometida por el autor del daño en su actuación privada, de un sujeto individualizado cuyo acto es desprendible de la función pública que desempeña; aquella que LAFERRIERE denominaba "el hombre con sus debilidades, sus pasiones". La consecuencia natural de la falta

personal es que la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra el autor del daño y no contra el organismo al cual pertenece. Pero esa idea tiene excepciones.

La excepción es evidente y tiene que ver con una solución pragmática para garantizar el derecho de las víctimas. Se refiere a la circunstancia de que tales faltas o culpas se acumulen. Esto sucederá en aquellos casos en donde es posible disociar un hecho imputable a la Administración encargada del servicio y una acción calificable de falta personal por parte del funcionario público en ejercicio o con ocasión de la función pública que desempeñó el sujeto que comete el acto dañoso.

¿Es el caso de los sobrevivientes de Antuco un asunto exclusivamente de falta personal? La respuesta en mi opinión es negativa. El actuar de los oficiales fue en el desempeño de su función, actuaron en representación del Estado, el equipamiento había sido provisto por él y, en consecuencia, los actos eran constitutivos de falta de servicio. Una cosa distinta es considerar la falta de los agentes públicos involucrados, pero aun considerando que estas eran constitutivas de falta personal, lo cierto es que al menos la Corte debió reconocer la acumulación de faltas. La tesis de la Corte en este caso es estratégica, sabe que si reconoce sólo la falta personal el Estado tiene derecho a repetir íntegramente contra el funcionario que ocasionó el daño y así por lo demás trata de dejarlo claro la sentencia (considerando 11°).

Pero ¿por qué importan estas categorías si al final del día la Corte Suprema confirmó la condena al Estado? Importan, en mi opinión, por el precedente que citan para resolver el caso Antuco, el denominado asunto "*Morales Gamboa*" (14.01.2011, Rol N° 7919-2008), una decisión en que evidentemente existía falta personal no oponible al Estado. Los hechos ocurrieron en un cuartel policial en que un funcionario a causa de una broma le dispara a otro con su arma particular, ocasionándole la muerte, encontrándose ambos en servicio disponible y acuartelados en la respectiva comisaria. Para la Corte existió una falta personal, pero de aquellas que no pueden separarse del servicio, porque este actuó con ocasión del servicio, es decir, con los medios apropiados para cometerlas, que en opinión de la Corte correspondía a la mera circunstancia de encontrarse acuartelados.

Como está ampliamente descrito en la literatura, para que la culpa personal pueda comprometer la responsabilidad del Estado el hecho debe ser

285 PAILLET (2001); VALDIVIA (2004); CORDERO VEGA (2010). Vid. Supra.

286 Vid. PAILLET (2001); MORAND-DEVILLER (2010).

cometido gracias a un instrumento suministrado por el servicio o con los medios que él ha puesto a disposición. En el caso "*Morales Gamboa*" era difícil argumentar cómo el uso de un arma privada, en un conflicto entre pares, aun cuando ocurra en un recinto policial, se vincula con la actividad de servicio público de la policía o con un medio provisto por ella.

Así las cosas, la tesis de la Corte en materia de falta personal es ambigua, está construida con el aparente propósito de posibilitar el derecho a repetir de la Administración con posterioridad, pero al actuar de ese modo desnaturaliza una institución que tiene por finalidad delimitar los ámbitos de la responsabilidad del Estado y el patrimonio que debe naturalmente responder de los perjuicios.

35.§ LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS. El año 2013, el pleno de la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo²⁸⁷ sobre un caso de responsabilidad del Estado en Derechos Humanos²⁸⁸, decidió la interpretación que se debe utilizar al momento de resolver la acción de responsabilidad del Estado a consecuencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos que ejecutaron acciones represivas que afectaron el derecho a la vida tras el golpe de Estado de 1973, concretamente el secuestro y desaparición de opositores políticos²⁸⁹.

Como se ha explicado acá,²⁹⁰ la tesis de la Corte en materia de responsabilidad extracontractual del Estado hasta el año 2001 fue en general

287 El artículo 780 del Código de Procedimiento Civil señala que el pleno de la Corte puede pronunciarse sobre un recurso de casación cuando la "Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones".

288 "*Colegio Médico-Eduardo González Galeno*", Rol N° 2182-98, Corte Suprema, 21.01.2013.

289 Los hechos del caso indican que el día 14 de septiembre de 1973, alrededor de las 8:00 horas, personal de Carabineros, sin orden judicial ni administrativa, detuvo en su casa habitación a Eduardo González Galeno, llevándolo hasta la Tenencia de Cunco, siendo interrogado y posteriormente subido a un helicóptero de la Fuerza Aérea de Chile y trasladado hasta la Base Aérea Maquehue en Temuco, siendo visto un cabo como la persona que lo sacó de la Tenencia, arrastrándolo hacia afuera. Desde la fecha precedente, se perdió el rastro de su paradero y no consta su defunción. El Informe Rettig lo reconoció como víctima de represión política.

290 Vid. Supra.

que esta correspondía a una acción de carácter constitucional, de imputación objetiva (estricta) y, en consecuencia, imprescriptible. Esta tesis primó en el Derecho chileno por más de 20 años. Manifestaciones de esa tesis son las famosas sentencias "*Galletué*" (1984), "*Quintana*" (1993; 2001) y específicamente en materia de imprescriptibilidad, "*Hexagón*" (1987).

Sin embargo, fue un caso de Derechos Humanos conocido como "*Domic Bezic*" el que cambió la doctrina de la Corte. Desde entonces la Corte Suprema ha sostenido sistemáticamente que el régimen de responsabilidad del Estado es de carácter legal, sujeto a un título de imputación por falta de servicio, que ese título es posible de homologarlo a la culpa civil como estándar normativo²⁹¹ y que, por una cuestión de seguridad jurídica, es prescriptible de conformidad a las reglas generales del Código Civil.

En el caso señalado, la opinión de la Corte fue que la circunstancia de que en un caso de Derechos Humanos se aplicara la Convención de Ginebra de 1968 sobre crímenes de guerra que declaraba a los delitos de lesa humanidad imprescriptibles, no implicaba que la acción patrimonial tuviese la misma característica. La Corte afirmó que esa imprescriptibilidad solo se aplicaba en materia penal, pero la acción civil se sometía a las reglas generales del Código Civil²⁹², siguiendo con eso una larga tradición de la Corte en la distinción de acciones aplicables al Estado.

Desde entonces la Corte mayoritariamente acogió la doctrina "*Domic Bezic*", pero en ocasiones los recursos fueron resueltos en la sala penal de la Corte. En ella, sin embargo, se sostuvo en una importante cantidad de casos que la manera de mirar los *casos de prescripción de la acción civil era con el estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dado que este reconocía a las víctimas derecho a la reparación *in integrum* del daño afectado, entonces la acción civil en el caso de delitos de lesa humanidad también debía ser imprescriptible conjuntamente con la acción

291 Esa es la tesis del caso "*Seguel con Fisco*", Rol N° 371-2008. Corte Suprema, 30 de julio de 2009. Responsabilidad por cuasidelito de lesiones de un conscripto, que ya se ha transformado en doctrina de la Corte. Ver en este sentido, CORDERO VEGA (2012).

292 Subyace a esa tesis la aplicación del inciso segundo del artículo 105 del Código Penal cuando afirma que "la prescripción de la responsabilidad civil proveniente de delito, se rige por el Código Civil".

penal²⁹³. El caso más emblemático de esa doctrina se encuentra en el asunto *Ortega Fuentes*²⁹⁴.

La decisión del pleno de la Corte en el caso “*González Galeno*” es el enfrentamiento de dos modos de ver los sistemas de reparación de víctimas por la intervención estatal, que exige preguntarse si las infracciones de “lesa humanidad” ocasionadas por funcionarios del Estado en ejercicio de la función que investían legalmente, deben mirarse con el mismo estándar con el cual evaluamos el funcionamiento regular del Estado en un sistema democrático, en donde es habitual que los organismos administrativos puedan lesionar derechos de terceros en el funcionamiento de sus actividades legales.

Mientras para un sector de la Corte los asuntos de derechos humanos deben ser observados como un caso más de infracción a la legalidad susceptible de causar un daño indemnizable por el Estado y, en consecuencia, sujeta al régimen general de responsabilidad de la Administración²⁹⁵, para otro sector

293 Esa tesis es habitualmente citada por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Velásquez Rodríguez*” (1989). Desde entonces los pronunciamientos sucesivos han aplicado e interpretado la normativa protectora uniformemente sobre materias que incluyen temas como las reparaciones como género y las indemnizaciones como especie, la regla de la *restitutio in integrum*, la indemnización del derecho a la vida violado, el daño material y moral, la prescripción y la impunidad entre otros aspectos relevantes (v. gr., leyes de amnistía y denegación de justicia). La Corte IDH afirmó que “la indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Vid. Caso “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*”, sentencia 21 de julio de 1989, párr. 28.

294 “*Ortega Fuentes con Fisco*”, Rol N° 2880-200. Corte Suprema, 08.04.2010. Los casos en que se confirmó dicha doctrina fueron “*Flores Gálvez con Fisco*”, Rol N° 5219-2008, Corte Suprema, 09.05.2011; “*Acevedo Espinoza con Fisco*”, Rol N° 6920-2011, Corte Suprema 12.09.2012; “*Sotomayor Corbalán con Fisco*”, Rol N° 12055-2011, Corte Suprema 28.09.2012; “*Catanni Ortega con Fisco*”, Rol N° 12357-2011, Corte Suprema, 07.12.2012.

295 Lo cual supone identificar el título de imputabilidad de responsabilidad como medio de control.

de la Corte esos casos no pueden ser observados con el mismo estándar, por la naturaleza de los derechos (fundamentales) y el tipo de intervención estatal (con el propósito de causar daño en derechos esenciales) de modo que “el derecho de dignidad” del sistema internacional es el que debería primar²⁹⁶.

La Corte debía resolver esencialmente la pregunta: ¿Son aplicables las reglas de prescripción del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado por violación de Derechos Humanos? De ello depende un conjunto de efectos del sistema de reparación, que no trataremos en este breve comentario.

La tesis de mayoría se construyó sobre la doctrina que había definido la Corte en “*Domic Bezić*”, eso implicó responder la pregunta planteada sobre la base que no existen razones para no aplicar las reglas de responsabilidad del Estado por actos de la Administración, lo que implicaría reconocer que la acción civil es prescriptible por sus reglas propias al constituir en sí misma una acción de contenido patrimonial, pero además sostuvo la mayoría que las Convenciones de Derechos Humanos citadas en la discusión en ningún momento afirman la “imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado”. De este modo, en un caso como este la Corte señala que siendo la prescripción un “principio general de derecho”, la aplicación de las reglas del Código Civil resulta inevitable²⁹⁷.

La minoría²⁹⁸, en cambio, sostuvo la imprescriptibilidad de la acción civil sobre la base de que resultaba incomprensible en un sistema legal aplicar el “extremo” de la prescripción civil cuando “el hecho fuente de la responsabilidad es uno solo y de índole penal”, de manera que siendo esta última imprescriptible por aplicación de los Tratados Internacionales, lo será también la primera.

296 Vid. n. 292.

297 Sin embargo, la mayoría solo se pudo configurar cuando, como lo sostiene el propio fallo, existiendo empate un grupo de ministros optó por una de las interpretaciones en juego. Eso explica que el acuerdo solo se lograra cuando se acordó que el plazo de prescripción solo se podía contabilizar desde el reconocimiento de víctima de *González Galeno* en el Informe Rettig y no desde el “secuestro” del cual fue víctima.

298 La disidencia fue de los ministros Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar. El Ministro Muñoz expuso separadamente sus argumentos para disentir.

La tesis central de la minoría se basa en el Derecho convencional de los Derechos Humanos²⁹⁹. En opinión de ellos, es exigible de conformidad a tales convenciones ratificadas por Chile, “el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación correspondiente”, lo que “implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado”. Aceptar la prescripción de la acción civil, implicaría contravenir tales Convenciones y de paso el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, según los disidentes³⁰⁰.

La resolución del pleno de la Corte en el caso de *González Galeano*, más que un caso de responsabilidad del Estado —porque los supuestos de ello resultan inobjetables— no hace sino confirmar que existen dos maneras distintas de ver la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Corte Suprema y eso tiene importantes consecuencias en otras cuestiones de la discusión pública, menos complejas socialmente que la represión política, pero igualmente relevantes en el sistema de derechos con importantes consecuencias en la política pública. Es, al final del día, la vieja discusión de nuestro sistema legal de cómo debemos entender el Derecho convencional y el artículo 5º de la Constitución. En ello existe más que un problema de argumentación, es concretamente la manera de entender la integración vertical y horizontal de nuestro sistema legal³⁰¹.

Pero, además, este caso demostró la inutilidad de la regla del artículo 780 del CPC para uniformar la jurisprudencia. Hoy la prescriptibilidad o

299 Los disidentes afirmaron expresamente que “no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado” (considerando 10).

300 El argumento se encuentra desarrollado en el trabajo NASH (2004), p. 25, cuando explica que en materia de derechos humanos y en particular en lo que dice relación con las reparaciones seguidas ante la Corte IDH, ha sido fundamental el hecho de que el tema se haya observado desde la óptica de la víctima. Por tanto, se ha otorgado primacía a un criterio diverso al que se plantea como propio del derecho civil y que ha sido también reconocido por el derecho internacional público, esto es, trasladar el centro de atención de la responsabilidad desde el sujeto que realiza el daño hacia la persona que lo sufre.

301 Como afirma PEÑA (1996), p. 547, los puros sistemas normativos, como se comprende, carecen de relevancia fáctica; y solo adquieren esa relevancia cuando son utilizados para la justificación de decisiones.

imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad del Estado en Derechos Humanos depende de la sala que deba resolver, con indiferencia del precedente establecido en el caso “*González Galeano*”. Este fue útil, sin embargo, para exponer la justificación de las dos tesis en materia de prescripción de la acción de responsabilidad del Estado en Derechos Humanos.

36.§ FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O LA FALTA DE SERVICIO JUDICIAL. Como hemos explicado con anterioridad, hace cuarenta años un joven profesor de Derecho Administrativo (Pedro PIERRY), escribió en el Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile (1975), que ante la inexistencia de norma legal que estableciera un modelo general de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, lo razonable era utilizar las reglas del Código Civil (arts. 2314 y ss.) como un sistema de responsabilidad del Estado sobre la base de un criterio de culpa normativa, que no era otra cosa que reconocer —en su opinión— la falta de servicio a través de la aplicación de reglas civiles.

Aunque la tesis de PIERRY fue ampliamente resistida por la doctrina (SOTO KLOSS, ARÓSTICA, FIAMMA, SILVA CIMMA, PANTOJA, HERNÁNDEZ, etc.), porque desconocía la existencia de un régimen de Derecho público en materia de responsabilidad del Estado y porque el legislador desde 1976 estableció en nuestro país a la falta de servicio como título de imputación “objetiva”, lo cierto es que fue el primer intento serio por establecer e interpretar un régimen jurídico lógico, sistémico y amplio en materia de responsabilidad del Estado. La tesis de la aplicación de la culpa civil como una homóloga a la falta de servicio terminó por consolidarse en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en 2008 tras el caso “Seguel” y es abiertamente utilizada por la Corte en la actualidad sin ningún tipo de complejos.

Cuarenta años después, la tesis de PIERRY se vuelve a replantear, pero esta vez en materia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es decir, un régimen de responsabilidad del Estado Juez más allá de la cláusula constitucional establecida para materia penal.

En efecto, la Corte Suprema decidió este mes un caso que puede ser considerado de los más importantes del año 2015. Me refiero al asunto “*Espinoza Marfull*” (02.06.2015, Rol N° 4390-2015) redactado

precisamente por el Ministro PIERRY, en donde lo que se debatía era si correspondía que el Estado indemnizara —por el funcionamiento de sus organismos de administración de justicia— a una persona que había sido arrestada en el aeropuerto como consecuencia de una orden de detención de hace más de quince años que contenía error en los datos y que, en consecuencia, lo llevó a una privación de libertad temporal.

La tesis de la Corte fue que, en el caso de organismos excluidos de un sistema de responsabilidad de Derecho público, corresponde aplicar las normas del Código Civil en materia de responsabilidad por culpa, porque estas se asemejan a lo que se conoce doctrinariamente como “funcionamiento anormal” y que en el caso de la Administración del Estado se traduce en la falta de servicio.

Al decidir este asunto, la Corte entiende que no es admisible afirmar que existan organismos estatales al margen de un régimen de responsabilidad patrimonial frente a ciudadanos afectados por sus actos que provocan daños, por no existir norma legal expresa que imponga específicamente esa responsabilidad. Esta cuestión ya la había advertido el año 2014 la Corte en el caso “Grimberg” (30.01.2014, Rol N° 5145-2013, redacción a cargo de la Ministra Sandoval), en una cuestión asociada a conductas administrativas al interior del Poder Judicial que provocaron daños a terceros, cuando indicó explícitamente que es un principio básico del sistema constitucional que, si el Estado *“por su actuación u omisión, ha causado un daño ilegítimo o ilegal a un particular, debe repararlo”*. Afirmó luego que *“este principio no puede únicamente referirse a la Administración del Estado, y alcanza también al Poder Legislativo y al Poder Judicial en toda su actividad que no sea propiamente legislativa o jurisdiccional”*.

Esta cuestión es relevante porque abre un sinnúmero de discusiones de interés; entre otras, hasta dónde puede llegar la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal en la administración de justicia, es decir, si solo cubre los aspectos administrativos del Poder Judicial o también los jurisdiccionales en el caso de decisiones manifiestamente erróneas o arbitrarias en ámbitos no penales; si es admisible la graduación de “faltas” en este tipo de conductas como sucede en el Derecho comparado (p.e. Francia y España, respecto de las dilaciones en la decisión de asuntos jurisdiccionales); si es procedente el modelo de falta personal y particularmente la regla de repetición como consecuencia de la aplicación de reglas civiles, etc.

CAPÍTULO IV. NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

37.§ CRITERIOS GENERALES. Aunque en el Derecho chileno el sistema de responsabilidad del Estado ha estado fundamentalmente focalizado en la responsabilidad de la Administración y el debate sobre la falta de servicio, porque es ahí donde la jurisprudencia ha tenido un protagonismo determinante, la doctrina igualmente discute los casos de responsabilidad del Estado legislador. Pese a que en el Derecho nacional no existe regla que lo establezca y la jurisprudencia resiste su aplicación, a continuación se explicarán las cuestiones esenciales, sobre todo porque buena parte de su discusión se realiza a consecuencia de la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado.

38.§ CONCEPTOS. Puede suceder que una ley dictada conforme con el ordenamiento jurídico, tenga como consecuencia causar un perjuicio a determinadas personas. En tal contexto, como lo señala la literatura *“aparece con toda claridad la cuestión de la responsabilidad del Estado, no de una responsabilidad fundada en una violación del derecho, sino sobre la obligación, para la colectividad entera de reparar un perjuicio causado a algunos en interés de todos”*³⁰². En la misma línea se ha precisado que:

“La palabra responsabilidad no es quizá, en este caso muy exacta, porque despierta en el ánimo la idea de una falta, de la violación de una regla. Sin embargo, puede conservarse, por su recta significación y por la comodidad de su empleo, a condición de que se entienda perfectamente que en muchos casos hay obligación, para determinado patrimonio de reparar un perjuicio, de soportar definitivamente las consecuencias de este perjuicio, aun cuando no haya

302 DUGUIT (2005), p. 269.

por qué hablar de falta y aun cuando tampoco haya, en rigor ninguna, ninguna violación de la regla de derecho”³⁰³.

La idea de Responsabilidad del Estado Legislador (“REL”) no ha sido pacífica. En efecto, en un comienzo se descartaba la existencia de este tipo de responsabilidad dado que no era posible atribuirle responsabilidad al Parlamento, órgano que reflejaba en forma infalible el concepto de soberanía³⁰⁴⁻³⁰⁵. Sin embargo, hoy en día, como consecuencia de las numerosas discusiones jurídicas en torno a ella, es posible encontrar, principalmente en el derecho comparado, sentencias que la reconocen y que han obligado al Estado a indemnizar los daños producto de la actividad legislativa³⁰⁶.

La literatura nacional ha definido a la REL como “una responsabilidad del Estado, institucional, extracontractual, que proviene de la dictación de una ley y que se genera en casos en que la víctima no está obligada a soportar el daño causado”³⁰⁷. De esta definición puede desprenderse que no se trata de una responsabilidad personal, sino del órgano que dictó la norma; que el perjuicio se origina sin la necesidad de la existencia de un vínculo contractual previo; que el particular no debe estar obligado a soportar el daño y que este proviene de la dictación de una norma, por ejemplo, en caso que aquella prohíba una actividad que hasta ese momento era lícita; que establezca un cambio que haga más gravoso el desempeño de una actividad o bien que establezca tributos más allá de todo límite³⁰⁸.

303 DUGUIT (2005), p. 270.

304 Ibídem.

305 “Bajo el principio de la soberanía política del legislador; resulta inimaginable la responsabilidad del Estado por actos de legislación. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, característico del constitucionalismo y del estado de derecho. La propia constitución se encarga de establecer los procedimientos para velar por la supremacía de sus preceptos, por medio del control preventivo de carácter general, que se aplican antes de la entrada en vigencia de la ley (artículo 93 N° 3), y del control correctivo de carácter particular, por medio del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 N° 6), ambos a cargo del Tribunal Constitucional. Los límites que el derecho impone al legislador están garantizados por estos instrumentos procesales, cuya finalidad es impedir que entre en vigencia o sea aplicada a un caso concreto una ley que vulnere derechos garantidos por la Constitución”. BARROS BOURIE (2007), par. 360.

306 Ver en este sentido, CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012).

307 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 21.

308 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), pp. 21-28.

La REL forma parte de lo que se denomina responsabilidad patrimonial del Estado, la que conforme con lo que señala la doctrina “es una responsabilidad de Derecho Público, que admite muchas fórmulas concretas, pudiendo aplicarse supletoriamente normas del Derecho Privado. De este modo, la responsabilidad civil que importa una “obligación de indemnizar el daño material y legítimamente causado por culpa o negligencia” es distinta a la responsabilidad del Estado de origen contractual o extracontractual (Estado Legislador, Estado Juzgador y Estado Administrador), ya que no está construida sobre la responsabilidad subjetiva fundada en culpa o dolo, sino en los conceptos de daño o lesión “injusto”, que deriva de la imposición de una carga pública especial (sacrificio propio y particular), que redunde en un detrimento patrimonial, enriquecimiento sin causa, vulneración de la confianza legítima y desigualdad ante las cargas públicas, sin perjuicio de la legalidad o constitucionalidad de los actos estatales lesivos de derechos de particulares”³⁰⁹.

En el mismo sentido se ha precisado que “cuando el daño es atribuible a una actuación del Estado en ejercicio de sus funciones públicas, normativas o de servicio, la configuración del hecho que da lugar a la responsabilidad tiene que hacerse cargo de la naturaleza de esas funciones”³¹⁰.

39. § CRITERIOS DE IMPUTACIÓN. Así las cosas y dada la especial naturaleza de este tipo de responsabilidad, los criterios de imputación, es decir las razones jurídicas que justificarían que la víctima no está obligada a soportar el daño, son una novedad puesto que no implican necesariamente un actuar ilícito por parte del Estado, lo mismo que sucede en el caso del *hecho del príncipe*. Se trata de criterios que no tienen una consagración legal, como es el caso de la falta de servicio, siendo reconocidos por la literatura como criterios de imputación, entre otros, el sacrificio especial y la protección de la confianza legítima, los que analizaremos brevemente³¹¹.

309 ZÚÑIGA URBINA (2005), p. 42.

310 BARROS BOURIE (2007), p. 332.

311 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), pp. 146-148. Estos autores consideran también como criterio de imputación la inconstitucionalidad de la norma, conforme con el cual la antijuridicidad se produciría directamente por la misma norma al vulnerar la Constitución. Para algunos autores este sería el único criterio posible para

El sacrificio especial tiene su origen en Francia y nació como un criterio para reafirmar la irresponsabilidad del Estado y no como un criterio para imputarle a él responsabilidad; sin embargo, con el pasar de los años este criterio fue aplicándose por la jurisprudencia con el objeto de reafirmar la REL. Este concepto se ha definido como *“un perjuicio especial y suficientemente grave, que supera el standard normal de los sacrificios impuestos por la legislación a los ciudadanos”*³¹².

La especialidad de este perjuicio implica que debe tratarse de un daño que sufran determinadas personas y no la generalidad. Así, la literatura señala que *“si el daño causado por la ley fuese general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad. En efecto, no sería lógico restablecer mediante una indemnización un equilibrio de cargas sociales que no hubiera sido roto”*³¹³. Debe además tratarse de un daño especialmente grave e intenso que se cause a determinados destinatarios y supere los perjuicios normales. El motivo por el cual se justifica la indemnización en este caso radica en que, producto de dicho sacrificio, se vulnera el principio de la igualdad ante las cargas públicas, es decir, se han impuesto cargas desiguales en relación con la generalidad de la sociedad³¹⁴.

De lo descrito, es posible desprender que se trata de un criterio complejo dada la imprecisión del concepto. Así, cuesta determinar cuándo el daño es lo suficientemente grave y lo suficientemente especial, por lo que la literatura ha concluido que este criterio obliga a un análisis casuístico, dado que no es posible un mayor grado de concreción³¹⁵.

Por último, cabe precisar que en doctrina comparada, este concepto ha dado paso a que se permita exigir indemnizaciones en caso de haberse dañado las meras expectativas³¹⁶.

que exista REL, pero dado que escapa del objeto del análisis del presente informe, puesto que la hipótesis planteada supone la dictación de una norma conforme con el ordenamiento jurídico y teniendo en consideración el rol que cumple el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas, no se profundizará en él.

312 SANTAMARÍA PASTOR (1972), p. 90.

313 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 148.

314 Ver sobre la materia, PAILLET (2001), pp. 212-214 y BARROS BOURIE (2007), pp. 517-518.

315 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 163.

316 Ver CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 157.

Un segundo criterio que se utiliza para imputar la REL es la protección de la confianza legítima. Este principio que surge en el Derecho Alemán como un límite a las facultades de revisión de oficio de los actos administrativos³¹⁷, ha sido definido como *“aquel que tiene por objeto proteger al particular que, confiado en la estabilidad de una normativa o de un acto administrativo, ha trabado ciertas relaciones jurídicas que muchas veces le han significado desembolsos y que producto de una innovación normativa o administrativa, resulta perjudicado”*³¹⁸. De este modo, tal principio *“impide al legislador, alterar las ‘reglas del juego’, sea modificando o sea legislando retroactivamente cuando, habiéndose autolimitado para hacerlo, existen relaciones jurídicas articuladas entre sujetos públicos y privados y, con mayor razón, cuando existen ‘derechos adquiridos’, so pena de incurrir en responsabilidad por el daño patrimonial injusto causado”*³¹⁹.

En cuanto al fundamento de este principio, la mayoría de la literatura considera que involucra la protección de la seguridad jurídica. Así, se ha indicado que *“la actuación de los individuos requiere, en una sociedad como la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro. No hay mercado sin confianza”*³²⁰.

En el contexto de la REL, este principio presenta complejidades ya que supone limitar la libertad del legislador, elemento esencial de todo estado democrático³²¹. Así las cosas, para que se vulnere este principio, la doctrina comparada ha establecido la concurrencia de determinados requisitos: i) debe existir un derecho o interés legítimo, en tal sentido no cualquier expectativa se protege; ii) la autoridad debe haber actuado de un modo tal que

317 Ver sobre la materia GARCÍA DE ENTERRÍA (2002). CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), pp. 178-186.

318 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 173.

319 ZÚÑIGA URBINA (2005), p. 53.

320 BERMÚDEZ (2010), p. 88.

321 “Si bien la protección de la confianza legítima es un concepto muy interesante en sí, con grandes posibilidades de aplicación en otros ámbitos, la eventual petrificación del derecho que puede conllevar al generar una eventual responsabilidad del Estado legislador parece una crítica atendible. [...] De esta manera podemos decir que la utilización de la confianza legítima como criterio de imputación de la REL es, al menos, difícil”. CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 200.

haya involucrado esperanzas fundadas en el mantenimiento de la posición jurídica, así no cabe la protección a consecuencia de la sola convicción del interesado; iii) que no existan mecanismos compensatorios o indemnizatorios transitorios; iv) la ponderación de los principios en conflicto; y v) que el particular haya actuado sobre la base de la expectativa que le generó la autoridad habiendo hecho una disposición patrimonial³²².

En particular, en nuestro ordenamiento jurídico “[l]a regla general es que el Estado no responde por cambios legislativos en la medida que actúe dentro del marco de protección de los derechos patrimoniales del artículo 19 N°24 de la Constitución”³²³. En efecto, se sostiene que “la REL no es un tema que haya despertado el interés general de la doctrina chilena. Los motivos de esto pueden encontrarse en su complejidad, al ser una materia que de una u otra forma se relaciona con varios otros temas de derecho público, y al hecho de que como la responsabilidad del Estado en general tuvo una aparición tardía en nuestro derecho, al parecer la doctrina ha estado demasiado ocupada en el estudio y desarrollo de la Responsabilidad del Estado Administrador, dejando a la Responsabilidad del estado Juez y sobre todo a la del Legislador un tanto relegadas”³²⁴.

No obstante lo anterior, cabe hacer presente que actualmente existe disponible literatura nacional que sostiene que existe REL y esta debe indemnizarse “cuando el acto legislativo, (adoleciendo de inconstitucionalidad material) impone a las personas o destinatarios de sus normas un sacrificio especial (propio y particular), un menoscabo patrimonial, un enriquecimiento sin causa del Estado o una negación de confianza legítima y correlativamente niega las garantías de igualdad ante las cargas públicas y del derecho de propiedad, ya que precisamente es solo una ley formal que carece de los caracteres de una ley material: generalidad, abstracción y certeza, caracteres que contribuyen a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley, valores superiores y principios del ordenamiento jurídico”³²⁵.

Dado lo señalado, no es posible encontrar muchos casos en los que se haya recogido propiamente tal la REL, sino que se trata más bien de casos

322 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), pp. 189-191.

323 BARROS BOURIE (2007) par. 360.

324 CANNONI MANDUJANO y CORVALÁN DURÁN (2012), p. 247.

325 ZÚÑIGA URBINA (2005), p. 43.

que se refieren a la responsabilidad por actos lícitos de la Administración³²⁶. Así nuestra Corte Suprema, refiriéndose a un caso de responsabilidad del Estado Administrador, sostuvo que:

“En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de ‘falta de servicio’ que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator”³²⁷.

326 Ver en este sentido sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3712-2006 de 15 de junio de 2009 y sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4043-2013 de 30 de diciembre de 2013.

327 Rol N° 9820-2011 de 2 de abril de 2013, considerando 3.

GLOSARIO

ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA: Derecho reconocido en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, mediante la cual cualquier persona lesionada en un derecho puede solicitar tutela judicial, mediante la solicitud de nulidad de los actos administrativos, la declaración de derechos o la indemnización de perjuicios por los daños sufridos por una acción u omisión de la Administración del Estado.

CÚMULO DE FALTAS: Concurrencia de la falta de servicio y la falta personal de un funcionario en la ocurrencia de un hecho que produce un daño a un particular en el desempeño de una función administrativa.

DOMIC BEZIC CON FISCO: Leading case del Derecho Administrativo de la responsabilidad del Estado, que en 2002 cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema sosteniendo que la acción de responsabilidad tenía fundamento legal y no constitucional; era prescriptible de acuerdo a las normas del Código Civil y cuyo título de imputación es la falta de servicio.

ELIANA TIRADO CON MUNICIPALIDAD DE LA REINA: Leading case del Derecho Administrativo de la responsabilidad del Estado, mediante la cual la Corte Suprema en 1981 señaló que la Ley de Municipalidades de 1976 había establecido un sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio, que constituía en opinión de la Corte un sistema de responsabilidad objetiva.

FACTOR MARÍN: Lleva esta denominación el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema desde el año 2002, en el que se reconoció que el sistema de responsabilidad del Estado es legal, no objetivo y por falta de servicio. Fueron fallos redactados por el ex Ministro Urbano Marín los que realizaron este cambio de jurisprudencia.

FACTOR PIERRY: Lleva esta denominación la profundización de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de responsabilidad del Estado por falta de servicio, desde el año 2008. A partir de esta jurisprudencia la Corte ha entendido que la responsabilidad por falta de servicio es equivalente a la culpa civil, es decir, es un caso de responsabilidad subjetiva. Fueron fallos redactados por el Ministro Pedro PIERRY los que han consolidado esta jurisprudencia.

FALTA DE SERVICIO: Título de imputación de responsabilidad del Estado de origen francés, reconocida legislativamente en el Derecho Administrativo Chileno en la Ley Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado (Art. 42), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (art. 142) y en materia de prestaciones sanitarias (Ley N° 19.966, artículos 38 a 43). Tradicionalmente se entiende que este título de imputación se da cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente. El criterio depende de las reglas de competencia de cada organismo público, es una falta anónima que no requiere la identificación de un funcionario público que hubiese provocado el daño.

FALTA PERSONAL: Título de imputación de responsabilidad del Estado cuando la acción u omisión que provoca el daño es cometida por un funcionario público identificado, en ejercicio o con ocasión de la función pública que desempeña. En tales casos el organismo administrativo tiene derecho a repetir en contra del funcionario.

FUNCIONAMIENTO ANORMAL: Título de imputación de responsabilidad del Estado en los casos en que la administración actúa al margen de los estándares establecidos por la ley para la operación de los organismos administrativos. En el Derecho chileno se utiliza como sinónimo de falta de servicio.

FUNCIONAMIENTO NORMAL: Título de imputación de responsabilidad del Estado en los casos de actuaciones lícitas de la Administración, cuando se produce un daño antijurídico que una persona no está en la obligación de soportar. Este es un título de imputación propio del Derecho español.

FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Constituyen los propósitos perseguidos por los sistemas de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. Son funciones de la responsabilidad del Estado la reparatoria (deber de indemnizar el daño), preventiva (evitar acciones que produzcan perjuicios), demarcatoria (distinguir lo que se puede hacer legítimamente sin estar obligado a indemnizar).

GALLETUÉ CON FISCO: Leading case del Derecho Administrativo de la Responsabilidad del Estado, de 1984, mediante el cual se estableció que la responsabilidad del Estado era un principio general de derecho, cuyo fundamento es la Constitución (art. 38) en virtud del cual se debe indemnizar por los daños provocados por actos lícitos e ilícitos.

HEXAGÓN CON FISCO: Leading case del Derecho Administrativo de la Responsabilidad del Estado, de 1987, mediante el cual se estableció que la acción de responsabilidad del Estado es constitucional e imprescriptible.

IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS: Título de imputación de responsabilidad del Estado en los casos de actos lícitos, cuando una medida administrativa impone un gravamen sobrenormal y excepcional sobre un particular, provocándole un daño singular, que beneficia a la comunidad o la sociedad en general.

LESIÓN: Título de imputación de responsabilidad del Estado cuando existe un daño antijurídico no está en la obligación de soportar. Es un argumento desarrollado en el Derecho español y trasladado al Derecho chileno en la década de los 80.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA: Título de imputación de responsabilidad del Estado cuando el daño se provoca a consecuencia de un cambio intempestivo de las reglas del juego a consecuencia del cual se generan perjuicios. Es un principio desarrollado en el Derecho europeo y es aplicado esencialmente en los casos de responsabilidad por actos normativos (reglamentarios o legislativos).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: Obligación de indemnización de perjuicios de parte del Estado cuando una ley produce daños anormales y extraordinarios en los patrimonios de los particulares. La Corte Suprema reconoció este tipo de responsabilidad del Estado en el caso "*Galletué*" en 1984, pero en la actualidad la Corte señala que ese tipo de daños no son indemnizables por no existir acción específica para eso.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS: Obligación de indemnización de perjuicios cuando los actos cometidos por sus funcionarios constituyen delitos de lesa humanidad. Para la Corte Suprema, en esos casos existen obligaciones de indemnización de perjuicios basadas en el derecho de los tratados, siendo esta acción de reparación de carácter imprescriptible.

RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO: Obligaciones de indemnización de perjuicios cuando la Administración provoca daños en los particulares por decisiones ajustadas a derecho, pero que provocan un daño extraordinario en los patrimonios de los particulares. La tesis actual de la Corte Suprema es que el Derecho chileno no tiene reconocida una acción para estos casos.

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO: Obligación de indemnización de perjuicios cuando la Administración no presta el servicio, lo presta mal o lo presta tardíamente.

SACRIFICIO ESPECIAL: Título de imputación de responsabilidad del Estado en los casos de responsabilidad por acto lícito o de Estado legislador, cuando la medida adoptada por el Estado produce un daño excepcional y sobrenormal en el patrimonio de un particular.

SEGUEL CON FISCO: Leading case del Derecho Administrativo de la responsabilidad del Estado del año 2008, mediante la cual la Corte Suprema señala que, ante ausencia de norma de responsabilidad del Estado específica para un organismo administrativo, deben aplicarse las normas del artículo 2314 y siguientes del Código Civil, porque la culpa civil se debe equiparar a la falta de servicio.

SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Régimen de indemnización de perjuicios construido sobre la base de la lesión como daño antijurídico que una persona no está en la obligación de soportar.

SISTEMA FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Régimen de indemnización de perjuicios construido sobre la base de la falta de servicio.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

1. ¿Cuáles son las funciones del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado y qué utilidad prestan?

RESPUESTA: Son los propósitos perseguidos por los sistemas de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. Son funciones de la responsabilidad del Estado la reparatoria (deber de indemnizar el daño), preventiva (evitar acciones que produzcan perjuicios), demarcatoria (distinguir lo que se puede hacer legítimamente sin estar obligado a indemnizar).

Revisar parágrafos 1 a 5.

2. ¿Cuáles son las argumentaciones doctrinales que han sustentado distintos modelos de responsabilidad extracontractual de la Administración en el Derecho chileno?

RESPUESTA: Son esencialmente tres, la de la responsabilidad objetiva absoluta (estricta); la de la responsabilidad subjetiva (falta de servicio como culpa civil) y la de la responsabilidad objetiva relativa (falta de servicio como título objetivo).

Revisar parágrafos 9 a 12.

3. ¿En qué consiste el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio? ¿Cuáles son los criterios que se han utilizado por la jurisprudencia para su establecimiento?

RESPUESTA: La falta de servicio es un título de imputación de responsabilidad del Estado de origen francés, reconocida legislativamente en el Derecho Administrativo Chileno en la Ley Orgánica Constitucional de

Bases Generales de la Administración del Estado (Art. 42), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Art. 142) y en materia de prestaciones sanitarias (Ley N° 19.966, artículos 38 a 43). Tradicionalmente se entiende que este título de imputación se da cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente. El criterio depende de las reglas de competencia de cada organismo público, es una falta anónima que no requiere la identificación de un funcionario público que hubiese provocado el daño.

Revisar párrafos 7; 16 a 23.

4. ¿Cómo opera la falta personal en los casos de responsabilidad extracontractual de la Administración?

RESPUESTA: La falta personal es un título de imputación de responsabilidad del Estado cuando la acción u omisión que provoca el daño es cometida por un funcionario público identificado, en ejercicio o con ocasión de la función pública que desempeña. En tales casos el organismo administrativo tiene derecho a repetir en contra del funcionario.

Revisar párrafos 7 y 35.

5. ¿Cuáles son los principales *leading case* de la Corte Suprema en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración? ¿Cómo se ha manifestado esa evolución?

RESPUESTA: Los casos más importantes por sus doctrinas son: "*Eliana Tirado*" (1981), "*Galletué*" (1984), "*Hexagón*" (1987), "*Domic Bezic*" (2002), "*Seguel*" (2008).

Revisar párrafos 13 a 18.

6. ¿Qué rol cumple el juez en la determinación de los estándares para decidir un caso de responsabilidad extracontractual de la Administración?

RESPUESTA: Los jueces utilizan la responsabilidad del Estado como un medio de control *ex post* de la actuación de la Administración, lo que supone que para decidir la falta de servicio el juez debe decidir cuál es el estándar sobre el cual se determinará si el servicio se prestó mal, no se prestó o se prestó tardíamente.

Revisar párrafos 25 a 27.

7. ¿Cuáles son los títulos de imputación de responsabilidad del Estado por acto lícito y responsabilidad del Estado legislador?

RESPUESTA: En esos casos los títulos de imputación habitualmente invocados son la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial y el principio de la confianza legítima.

Revisar los párrafos 29 y 40.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

¿CÓMO UTILIZAR ESTE DOCUMENTO?

El presente es un texto que está destinado a su uso con fines esencialmente pedagógicos, de modo de poder exponer, de forma breve, los principales aspectos de los casos que se seleccionaron y su tesis legal, de manera que puede ser abordado prácticamente.

Por tal motivo, el libro se encuentra estructurado del siguiente modo.

En la primera parte están los antecedentes que permiten identificar la decisión. En ellos consta el órgano, el tipo de recurso o acción en virtud de la cual conoció, el rol, la fecha, el resultado, así como quiénes fueron los que recurrieron y cuáles eran los ministros o personas que resolvieron.

En la segunda parte se encuentran expresados los aspectos legales del caso, en donde se establecen las normas aplicables, así como el principio jurídico que está detrás del caso, como la pregunta legal que trataba de resolver el organismo respectivo.

En la tercera parte se encuentran los elementos de la discusión. En ella se explican los hechos que sirvieron de base del debate, así como los presupuestos de las alegaciones, para, finalmente, expresar la conclusión del caso, que corresponde a la respuesta a la pregunta formulada.

Finalmente, se encuentra la importancia del caso, en donde se explican las razones de relevancia que permiten destacar la influencia o importancia de la decisión que se seleccionó y los impactos que algunas de ellas han tenido en los temas de responsabilidad del Estado.

I. NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1. Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 19439

Fecha: 28.07.1987

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Correa Labra, Hernán Cereceda Bravo y Abogados Integrantes, Luis Cousiño Mac-Iver y Manuel Jiménez Bulnes.

Ministro redactor: Abogado Integrante, Manuel Jiménez Bulnes.

Partes: Hexagon Limitada, Sociedad Importadora y Exportadora con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad Objetiva - Igualdad ante las Cargas Públicas - Prescripción - Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad del Estado se rige por un estatuto de Derecho público.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6°, 7°, 19 N° 20, 24 y 38 CPR; Arts. 4° y 44 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 2284, 2314 y 2332 del Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿A la responsabilidad del Estado le son aplicables las normas del Código Civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Sociedad Importadora Hexagon, el 23 de marzo de 1977, interpuso un recurso de protección contra el Servicio de Impuestos Internos con motivo de la paralización que realizó dicha institución de las liquidaciones de importación de los automóviles marca Pacer y Hornets. La Corte declaró que la actuación del servicio era arbitraria e ilegal con fecha 23 de marzo de 1977.

Sobre esa base Hexagon demandó al Fisco, sosteniendo que la actuación del servicio había ocasionado a la empresa perjuicios porque impidió la comercialización de los vehículos durante los tres primeros meses de 1977, periodo en el cual eran los únicos vehículos importados para la venta en Chile; que también sufrió perjuicio cuando, ya iniciada la comercialización de los vehículos, tuvo que rebajar sus precios por la internación de gran cantidad de otros automóviles importados; que al no poder realizar oportunamente las ventas de sus vehículos, Hexagon debió recurrir a créditos bancarios, en moneda nacional, más caros que los que, en moneda extranjera, tenía convenidos; y la campaña publicitaria para la venta de los vehículos se perdió, en parte, al no poder venderlos en los primeros meses de 1977.

La demanda fue notificada al Fisco el 03 de abril de 1981, lo que, en opinión de este, hacía que la acción estuviese prescrita de conformidad a las normas del Código Civil.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, según la mayoría de los autores chilenos que han estudiado la materia, se encuentran en el derecho público, específicamente en las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, la CPR 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:

1. Acta Constitucional N° 2, sobre "Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena", 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 puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le 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 3° y 7°, anteriormente transcritos, se concluye que los órganos del Estado, cualesquiera sean sus actividades, resultan responsables por la infracción en que incurrir 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 solo la nulidad del acto que haya realizado el órgano administrativo, sino, además, las responsabilidades consecuentes señaladas en los textos legales citados.

2. Acta Constitucional N° 3, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, se refiere y da aplicación a la materia en comento en el artículo 1° N° 16, que dice textualmente en las partes pertinentes: “Artículo 5°. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 16. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorpóreos (inciso 2). Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan su función social. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes (inciso 3). No obstante, nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se

fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

De lo anterior se desprende que, en los casos que el Acta Constitucional señala, cumpliendo sus requisitos y solo en virtud de una ley, es posible que alguien se vea privado de lo suyo o se le impongan limitaciones y obligaciones a su propiedad que deriven de la función social de esta. Ahora bien, todo daño inferido por un órgano del Estado implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su situación jurídica y, según se ha visto, nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio, salvo en los casos que el Acta Constitucional ha señalado. En consecuencia, un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas Constitucionales, genera responsabilidad conforme lo señalado en los artículos 3° y 7° de Acta Constitucional N° 2, anteriormente transcritos. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de lo dispuesto en el N° 5 del artículo primero del Acta Constitucional N° 3, cuando prescribe: “Artículo 1°.... Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 5. La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”. Así es como todo daño que produzca un órgano del Estado implica, según se ha dicho, un menoscabo o lesión en lo suyo para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que solo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma Constitucional, debiendo ser resarcida por el Estado. Todas las normas referidas anteriormente de las Actas Constitucionales N° 2 y 3 se encuentran expresamente contempladas en la CPR de 1980, en sus artículos 6°, 7° y 19, números 20 y 24, y en la LOCBGAE, 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 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 falta que causó el daño.

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 N° 2 y 3 y, en la actualidad, en la CPR de 1980 y LOCBGAE; 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.

CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado está sujeto a normas de derecho público, de modo que la acción que se establece es de carácter Constitucional, objetivo e imprescriptible, por lo que no le son aplicables las normas del Código Civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es esencial en los estudios de la responsabilidad del Estado en Chile, pues revela con bastante nitidez la tesis de la Corte Suprema durante la década de los 80 y 90. La tesis del estatuto de Derecho Público de la responsabilidad hacía rechazar la aplicación de las normas del Código Civil, en especial las de Prescripción.

Esta tesis se extenderá hasta el año 2001 en que se pronuncia en el caso Domic Bezic (incorporada en este texto), fecha en que la Corte dejará atrás lo afirmado aquí y la sustituirá por la de un sistema de responsabilidad legal, por falta de servicio y prescriptible.

1.2. Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 4753-2001

Fecha: 15.05.2002

Resultado recurso: Acogido

Ministros: Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Cahmi, Urbano Marín Vallejos, Patricio Novoa Fuenzalida, Fernando Castro Álamos

Ministro redactor: Urbano Marín Vallejo

Partes: Maja Domic Bezic y otros con Fisco

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad por Falta de Servicio - Delitos de Lesa Humanidad - Derechos Humanos - Prescripción - Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad del Estado es de regulación legal y prescriptible.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 38 CPR; Arts. 4° y 44 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra; Arts. 2332, 2497, 2514 y 2515 Código Civil; Ley N° 19.123 Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Personas que Señala.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es la acción de responsabilidad del Estado una de carácter objetivo e imprescriptible?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Los demandantes obtuvieron indemnización por el daño moral, producto de la muerte de Jorge Jordán Domic, el 16 de octubre de 1973, en un recinto militar de la ciudad de La Serena. Su caso está registrado en el Informe Rettig y sus familiares accedieron a los beneficios de la Ley N° 19.123, que Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Personas que Señala.

Las sentencias de primera y segunda instancia, para otorgar la indemnización, consideraron que la acción de responsabilidad del Estado era Constitucional, objetiva e imprescriptible. Esto último se ve agravado porque los hechos son constitutivos de delitos de lesa humanidad, a los cuales les son aplicables las normas del Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo Constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normativas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que pueden causar esas acciones se sometan a normas y principios propios de esa rama del Derecho.

Es pertinente apuntar a que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla, como ocurre, por excepción, por ejemplo, en las situaciones descritas en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil y 155 del Código Aeronáutico. En el caso del Estado y sus organismos, entre otras, en las señaladas en los artículos: 21 del Código de Minería; 8 del D.L. N° 3.557/1981 que Establece Disposiciones sobre Protección Agrícola; 50 y 52 de la Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear; 17 de la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción; 52 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y 174 de la Ley N° 18.290 de Tránsito, modificado por el N° 35 del artículo 1° de la Ley N° 19.495, si bien, esta última norma de la Ley de Tránsito establece propiamente una presunción de responsabilidad.

Es útil tener presente que el hecho de que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en conformidad a disposiciones que se comprenden en el mismo sector del Derecho, porque lo cierto es que la Prescripción no

es ajena a esas normativas, atendido su carácter universal, y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario.

El resarcimiento de los daños efectivos o morales experimentados injustamente por los individuos es, en rigor, un asunto de índole pecuniaria que puede y debe distinguirse de otros aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, en los cuales tiene pleno asidero la noción de que ella no se extingue por el transcurso del tiempo u otra causa sobreviniente a los hechos que la originan.

No solamente no hay norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas, entre ellos, el inciso 3 del artículo 63 de la ex Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por el D.L. N° 1.289/1975, actualmente derogado, que hacía prescribir en un año, contado desde la fecha del perjuicio, la responsabilidad extracontractual de los Municipios y las antes aludidas normas de los artículos 8° del D.L. N° 3-557/1980, sobre Protección Agrícola, que fija igual término, contado desde que aparezcan de manifiesto los perjuicios causados por trabajos del Servicio Agrícola y Ganadero para la Prescripción del derecho a reclamar su indemnización, y 17 de la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, que contempla el mismo plazo, contado desde el término del Estado de Excepción, para que prescriba la acción indemnizatoria en contra del Fisco que concede el mismo precepto.

La idea de aplicar las reglas de la Prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común, que se refieren específicamente a la materia, entre las que se encuentra el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre ella.

Esto no ocurre a merced de una aplicación supletoria de dicha normativa, sino que se produce directamente por mandato explícito del legislador, expresado en el artículo 2497 del Código Civil, que dispone que sus reglas,

relativas a la Prescripción, se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo, extendiendo al Fisco, entre otras personas, sus normas sobre Prescripción.

Tal disposición nada tiene de insólita si se recuerda que el artículo 2521, del mismo Código Civil, establece que prescriben en tres años las acciones en favor y en contra del Fisco y de las municipalidades, provenientes de toda clase de impuestos, porque al fijar un término especial de Prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regidos por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la Prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, denota la voluntad del legislador en orden a que, el Estado y demás entidades indicadas en su artículo 2497, quedarán afectas a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público.

De lo expuesto en los motivos que preceden, se sigue que la aplicación de las reglas del Código Civil, referentes a la Prescripción extintiva a las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de Prescripción, obedece a un mandato explícito del legislador, claramente consignado en el artículo 2497 de este cuerpo de leyes, sin que sea lícito practicar distingo alguno acerca de si se trata solo de la responsabilidad contractual del Estado o si la norma comprende también su responsabilidad extracontractual, a falta de elementos de juicio que justifiquen tal indebida restricción al ámbito del precepto.

La Ley N° 19.123, que Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Personas que Señala, de 8 de febrero de 1992, concedió “una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de la víctimas de violaciones a los Derechos Humanos o de la violencia política que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación”, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de ese texto legal. Este es el principal beneficio previsto por este cuerpo normativo para las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, o de violencia política, y concuerda con la finalidad perseguida por el proyecto de ley, según se ve en el Mensaje con

que se remitió este al Congreso Nacional y que figura en el Boletín 316/06 de la Sesión 41, de 3 de abril de 1991, de la Cámara de Diputados. En él se indica que la iniciativa tuvo por finalidad “en términos generales, reparar precisamente el daño moral y patrimonial que ha afectado a los familiares directos de las víctimas”.

La creación de la Pensión de Reparación y los demás beneficios antes descritos, a favor de familiares de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, individualizadas en el Informe al que se remitió la ley, importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas, la que se hizo efectiva por el legislador mediante el otorgamiento de todos esos beneficios.

CONCLUSIÓN

El Estado, aun en el caso de violación a los Derechos Humanos, se encuentra sometido a reglas de responsabilidad legalmente definidas, y no Constitucionalmente, de modo que, no obstante, su aplicación con criterios de Derecho Público, a dicha responsabilidad le son aplicables las reglas de Prescripción del Código Civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es una verdadero *leading case*. Con ella, la Corte, de maño del Ministro Urbano Marín, cambió la idea estructural sobre la cual construya el sistema de responsabilidad pública, de un sistema Constitucional, objetivo e imprescriptible, a uno legal, por falta de servicio y prescriptible.

Los criterios de esta sentencia se han dejado sentir desde entonces (por ejemplo “Pizani con Fisco”, Corte Suprema, 15 de abril de 2003, Rol N° 1234-2002; “Cortes Barraza con Fisco”, Corte Suprema, 7 de mayo de 2003, Rol N° 1558-2002), quedando solo como cuestión sujeta a discusión la aplicabilidad de la Prescripción en el caso de Derechos Humanos, en donde la Corte aún se encuentra en posiciones antagónicas.

El año 2013 la Corte Suprema, en el caso González Galeno (Rol N° 2182-98, 21.01.2013), ejerció la competencia del artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, que le otorga al pleno de la Corte la facultad para pronunciarse sobre un recurso de Casación cuando la “Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones”. La

idea central de esa atribución es uniformar, con carácter de vinculante, la interpretación del Derecho.

En esa decisión, la tesis de la mayoría se construyó sobre la doctrina que había definido la Corte en Domic Bezic; eso implicó responder la pregunta planteada sobre la base de que no existen razones para no aplicar las reglas de responsabilidad del Estado por actos de la administración, lo que implicaría reconocer que la acción civil es prescriptible por sus reglas propias al constituir en sí misma una acción de contenido patrimonial, pero además sostuvo la mayoría que las Convenciones de Derechos Humanos citadas en la discusión en ningún momento afirman la “imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado”. De este modo, en un caso como este la Corte señala que, siendo la Prescripción un “principio general de derecho”, la aplicación de las reglas del Código Civil resulta inevitable.

La tesis central de la minoría se basa en el Derecho convencional de los Derechos Humanos. En opinión de ellos, es exigible de conformidad a tales convenciones, ratificadas por Chile, “el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la Reparación correspondiente”, lo que “implica, desde luego, la Reparación de todo daño que les haya sido ocasionado”. Aceptar la Prescripción de la acción civil, implicaría contravenir tales Convenciones y de paso el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, según los disidentes.

Desde entonces, y pese a existir una mayoría del pleno por la Prescripción de la acción, los ministros en sus salas mantienen sus posiciones, de modo que, dependiendo de su integración, se optará por la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción.

1.3. Aplicación de normas de Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual del Estado

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 371-2008

Fecha: 30.07.2009

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz

Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.

Partes: Pablo Andrés Seguel Cares con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Falta de Servicio - Ejército de Chile - Indemnización de Perjuicios - Culpa - Responsabilidad del Estado - Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO

La falta de servicio es equivalente a la culpa del Código Civil.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 21, 25 y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cómo se configura el sistema de responsabilidad aplicable a las FF.AA, dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Un conscripto que se encontraba desarrollando ejercicios de instrucción básica en el marco de su servicio militar obligatorio, fue alcanzado por una bala disparada por un cabo, al cual se le había dado instrucciones precisas de no usar munición de guerra en dicho ejercicio, sino que solamente de fuego. A raíz de ello, el conscripto quedó con esquirlas dentro de su pulmón, las cuales no pudieron ser removidas, por el peligro que ello tenía para su vida, además de quedar con secuelas en uno de sus brazos.

Que el Fisco de Chile sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de nulidad formal del Nº 7 del artículo 768 del Código de

Procedimiento Civil, esto es, contener decisiones contradictorias, ello en cuanto el fallo, luego de eliminar determinados fundamentos de la sentencia de primera instancia, vuelve a cometer los mismos errores que se denunciaron en la apelación, y así después de razonar en el sentido que la responsabilidad del Estado en estos hechos no es objetiva, concluye, en el fundamento séptimo, que se debe condenar al Fisco al concurrir las exigencias de daño y causalidad, sin exigir el elemento subjetivo de la culpa del servicio, dispensando de ello a la contraparte, lo que es una contradicción.

ALEGACIONES

El Fisco denuncia la vulneración de los artículos 2314, 2320, 2321, 2322 y 2329 N° 1 del Código Civil, como de los artículos 19 N° 1 y 38 de la CPR, 21 y 18 de la LOCBGAE y 1 de la Ley N° 18.948 Orgánica de las Fuerzas Armadas. Explica que la sentencia impugnada acogió la demanda fundándose en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil, señalando que concurren la existencia del daño y la causalidad, por lo que condena a su parte, sin mencionar como concurrente el elemento culpa del servicio, lo que constituye una contradicción que conlleva un error de derecho.

El demandado también reprocha al fallo recurrido el haber establecido la circunstancia que haya quedado demostrada tanto la existencia de un hecho dañoso en perjuicio de un particular que no estaba jurídicamente obligado a soportar, emanado de un agente del Ejército (parte integrante de las Fuerzas Armadas, es decir, de un órgano de la Administración del Estado), como la relación de causalidad entre ambas situaciones, lo que constituye un equívoco, pues el Ejército no está obligado a prestar servicio alguno a la comunidad, ya que su función primordial es la defensa, principalmente externa, de la soberanía de la nación. Se citan, además, los artículos 18, 25 y 42 de la LOCBGAE, que excluye de la aplicación de la norma de falta de servicio al Ejército, por lo que en realidad no existe sino una responsabilidad civil personal respecto del funcionario militar que incumplió sus deberes. Así, la sentencia, cuando aplica el artículo 38 de la CPR, le da un alcance que no tiene, lo que ocurre también con el artículo 2314 del Código Civil al extenderlo a la noción de falta de servicio, violentando de esta manera el artículo 19 del Código Civil, al dejar de aplicar el tenor literal del artículo 21 de la LOCBGAE que hace inaplicable la responsabilidad consagrada en esa ley al Ejército.

Se denuncia que la sentencia atacada vulnera los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil al dejar de exigir el elemento de responsabilidad civil por el hecho propio cual es el elemento subjetivo atributivo de culpa del servicio.

Cuando se explica cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que, de no haberse incurrido en ellos, no podría haberse dejado de exigir y configurar la obligación de concurrencia de la culpa y, por ende, no podría haberse acogido la demanda por el solo hecho de existir daño y relación de causalidad como lo hizo erradamente el fallo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Sobre los hechos de la causa, los jueces del grado estimaron que habiéndose establecido que el Estado causó un daño interviniendo un funcionario de las Fuerzas Armadas, debe responder por falta de servicio por aplicación del artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Así, la sentencia de segundo grado, luego de hacer expresa cita del motivo noveno del fallo de primera instancia, que hace mención a que un funcionario del Ejército utilizó munición de guerra en los ejercicios militares y no de fogeo, como estaba ordenado, hiriendo al demandante, dispone que concurren las exigencias del daño y la causalidad, fijando en definitiva una indemnización por daño moral a favor del actor (considerando 9).

El recurso interpuesto por la defensa fiscal descansa en tres grandes argumentos, cuales son: que se prescindió del elemento de culpa para condenar al Estado; que el Ejército de Chile no puede incurrir en falta de servicio porque no está obligado a prestar ningún servicio a la comunidad; y que no puede extenderse la aplicación del artículo 2314 del Código Civil a la noción de falta de servicio y que, al hacerlo, se violenta la LOCBGAE que expresamente hace Excepción de ello en relación a las Fuerzas Armadas (considerando 10).

Se desecha el primero de los reproches invocados tanto en el recurso de Casación en la forma como en el de fondo basado en la prescindencia del elemento subjetivo de culpabilidad necesario para condenar. En efecto, tal como se asentó precedentemente, el fallo de alzada hace expresa mención al considerando noveno de primera instancia, en cuya parte el

sentenciador dejó claramente sentado que en un ejercicio de instrucción básica, en el marco de la ejecución del servicio militar, realizado por el demandante, este recibe un disparo efectuado por un cabo 2° del Ejército que no cumplió una orden superior, tendiente a no utilizar munición de guerra en dicho ejercicio, sino solo de fogueo. Tal razonamiento no es sino el reflejo de una negligencia de parte de la institución en cuanto a que en un ejercicio, donde solo se debe utilizar un armamento inofensivo, se utilizó uno de guerra que permitió en definitiva la existencia del daño. Por ello se explica que, después de efectuada la referencia al fallo de primer grado, los magistrados de segunda instancia completen el razonamiento señalando que concurren el daño y la causalidad, lo que permite en definitiva condenar al Fisco, por lo que el error denunciado no es tal y debe ser descartado (considerando 11).

Respecto a que no es posible que el Ejército incurra en falta de servicio, al no prestar servicio alguno a la comunidad, ello también es errado. En efecto, la Falta de Servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con la conducta normal que se espera de él y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo, cuando funciona irregularmente o tardíamente. En el caso que nos ocupa, el Estado se escuda en el hecho que el Ejército tiene como función primordial la defensa de la soberanía de la nación, sin embargo, no debe olvidarse que para cumplir esa misión recluta jóvenes que, cumpliendo con su obligación legal del servicio militar, permanecen en el Ejército durante un tiempo en que son entrenados de diversas formas para cumplir el objetivo primordial, cual es la defensa de la soberanía, oportunidad en que lo que se espera de la institución es el debido entrenamiento de los reclutas dentro de un marco de seguridad que garantice su integridad, situación que en autos no ha acontecido en la medida que un funcionario del Ejército utiliza armamento de guerra en los ejercicios básicos y no de fogueo que es lo esperable, de tal suerte que precisamente la falta de servicio consiste en haber entregado una munición de guerra y no de fogueo a un funcionario que participaría en entrenamientos militares, quien, utilizándolos en el ejercicio de sus funciones, indebidamente hirió en definitiva al actor. Por otra parte, la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación con los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió (considerando 12).

El tercer fundamento del recurrente de Casación radica en la extensión indebida del artículo 2314 del Código Civil hacia la noción de falta de servicio. Al respecto cabe primeramente reflexionar que constituye un error el plantear, por una parte, que se ha aplicado el artículo 2314 del Código Civil prescindiendo del elemento de culpabilidad —lo que supone aceptar su aplicación— para luego argüir que no corresponde aplicarlo al caso de autos, lo que supone entonces la existencia de errores alternativos que no son propios de un recurso de derecho estricto. Sin embargo, aun cuando esto bastase para desechar el recurso, esta Corte considera necesario analizar el tema debatido dada su importancia (considerando 13).

En efecto, hasta antes de la dictación de la LOCBGAE la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo, la situación varía con la promulgación de la LOCBGAE, el 5 de diciembre de 1986, que incorporó 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 ley contempló entonces el artículo 44 —hoy 42— que prescribió que “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”. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II “Normas especiales” (donde había quedado ubicado el artículo 44) a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a 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 2 de su artículo 18 —actual 21— (considerando 14).

Hay que dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que 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 de 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, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y Andre Tunc "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, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia; en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado (considerando 15).

Del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la administración del Estado (considerando 16).

CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad aplicable a las FFAA, dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se configura a partir del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la administración del Estado. La noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación con los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió. En efecto, al Estado, 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.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión la Corte hace suya la vieja tesis del profesor Pedro Pierry, quien sostenía, antes de la Ley de Municipalidades de 1977, que la falta de servicio era absolutamente compatible con la culpa civil, dado el carácter normativo que había adoptado la culpa en el derecho de daños.

En esta ocasión, la Corte se hace cargo expresamente sobre la circunstancia de que las FFAA no están reguladas en el Título II de la LOCBGAE, en donde se encuentra el Título de imputación por falta de servicio, de modo que decide construir la falta de servicio desde el Código Civil y no desde el principio de responsabilidad del artículo 4° de la LOCBGAE.

De este modo, para la Corte, la falta de servicio y la culpa civil son intercambiables, y de paso soluciona el problema teórico de que no existen razones para no aplicar el Código Civil al Derecho Público, que constituye, como se sabe, una clásica discusión en el Derecho Administrativo.

1.4. Por actos de funcionario público

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: s/i

Fecha: 15.11.1941

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Alfredo Rondanelli Fernández, Gregorio Schepeler Pinochet, Juan Ríos Antero, Carlos Campos Carvajal, Manuel Rivas Muñoz y los Abogados Integrantes, Ruperto Álamos Blanco y Ricardo Montaner Bello.

Ministro redactor: Alfredo Rondanelli Fernández.

Partes: Mauricio Rettig con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Actos de Autoridad - Actos de Gestión - Fisco - Estado Empresario

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay responsabilidad del Estado por actos de gestión.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1437, 1698, 2284, 2314, 2320 y 2322 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo existe responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios de conformidad a las normas del Código Civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Un empleado de la empresa de Agua Potable llevó al río ciertos tubos que contenían gas, con el objeto de lavarlos, uno de los cuales rompió e impregnó el aire y el agua de este gas. Posteriormente, animales de propiedad del demandante bebieron el agua infectada con gas.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

El artículo 2320 se refiere tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas. El Fisco se halla afecto a las normas del derecho privado en las controversias sobre actos realizados por un empleado adscrito a un servicio del cual es el Estado empresario en función de meros actos de gestión. En tal evento la indemnización es de su cargo.

CONCLUSIÓN

Hay responsabilidad del Estado de conformidad a las normas del Código Civil, cuando los actos que ocasionan el daño tengan el carácter de actos de gestión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Desde finales de la década del 30, la CS hizo suya la distinción francesa de actos de gestión-actos de autoridad. La razón de esa distinción, en nuestra opinión, fue la búsqueda por parte de la Corte de un camino que le permitiera resolver estos casos, considerando las reglas de aplicación del Código Civil y la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos, pese al contenido y redacción del artículo 87 de la CPR de 1925.

Este criterio lo repetirá en otra famosa sentencia de responsabilidad llamada Aqueveque con Fisco (Corte Suprema, 17 de noviembre de 1944). Rafael Aqueveque entabla demanda contra el Fisco para que este sea condenado a pagarle los daños materiales y morales que le significa la muerte de su hija, que fue atropellada por una camioneta de correos, por imprudencia temeraria del chofer de un vehículo del servicio de correos. La Corte sostuvo que el Fisco, representante de la entidad Estado en el orden patrimonial, responde civilmente de los perjuicios causados por un empleado suyo, que desempeña funciones o presta servicios en "actos de gestión" de una repartición fiscal que tiene a su cargo servicios de utilidad pública. En ese caso no se trata de responsabilidad civil alguna del "Estado Poder" por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad, ejerciendo funciones que corresponden solo a los poderes públicos; caso en que, ciertamente, por ser actos ajenos al Derecho Privado, no podría ser aplicado el Código Civil y sería necesario que una ley especial creara la correspondiente responsabilidad estadual. "El Fisco es una entidad capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones patrimoniales de derecho privado con motivo de simples actos de gestión, carácter que tienen todos aquellos en que administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicios de utilidad común que ha tomado a su cargo solo con motivo de mayor conveniencia pública, y por ello sujeto a las ordenaciones del Código Civil".

Finalmente, en el caso Becker con Fisco, la Corte Suprema (05 de junio de 1954) precisará los límites del acto de autoridad para efectos de responsabilidad del Estado. Don Raúl Becker interpuso recurso de Casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que no dio lugar a la indemnización de perjuicios entablada contra el Fisco, causados por el atropello de que fue víctima por un radiopatrullas de carabineros. La sentencia recurrida calificó el hecho de conducir el radiopatrullas como acto de autoridad o de poder, eximiéndolo de la responsabilidad establecida en el artículo 2320 del Código Civil. La Corte Suprema en

la sentencia de reemplazo, dando lugar a la demanda de indemnización, señala que los actos de autoridad son aquellos que directamente emanan de una ley o reglamento y que, si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización en contra del Estado. Cuando el acto de autoridad se ejecuta en contravención a las normas legales o reglamentarias, pierde su naturaleza de acto de autoridad para convertirse en un delito o cuasidelito civil.

1.5. Daño provocado por ex vertedero

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 10156-2010

Fecha: 07.05.2013

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Sergio Munoz Gajardo, Carlos Cerda Fernández y Abogado Integrante, Guillermo Piedrabuena Richard.

Ministros minoría: María Eugenia Sandoval Gouet y Abogado Integrante, Alfredo Prieto Bafalluy.

Ministro redactor: Sergio Munoz Gajardo.

Partes: Elizabeth Lizana Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros.

DESCRIPTORES

Daño Moral - Presunción de Daño Moral - Daño Ambiental - Medio Ambiente - Vivienda- Vertedero - Municipalidad - Causales de Exención de Responsabilidad - Cumplimiento de Deberes Legales y Reglamentarios - Permiso de Construcción - Equidad.

PRINCIPIO JURÍDICO

El cumplimiento de las leyes y reglamentos no exonera necesariamente a un órgano público de responsabilidad patrimonial.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 1º Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; D.FL. Nº 458/1975 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

PREGUNTA JURÍDICA

¿El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Desde el año 1962 funcionó el ex vertedero La Cañamera, recibiendo residuos sólidos domiciliarios de cinco comunas de Santiago. Dichos terrenos se encontraban originalmente en una zona rural, que estaba alejada de los centros urbanos. El año 1978 dejó de ser utilizado como vertedero. Posteriormente, los terrenos en que funcionaba el vertedero fueron adquiridos, como parte de un inmueble más extenso, por la Municipalidad de Puente Alto. Dicho predio fue dividido en cinco lotes en el año 1985, de los cuales la Municipalidad continuó teniendo dos, dos fueron adquiridos por la Inmobiliaria Los Silos III y uno quedó para el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. En los lotes que pertenecían a la Inmobiliaria, esta construyó un conjunto habitacional, denominado "Villa San Guillermo II".

En el año 2003 se produjo la explosión de una cámara de alcantarillado ubicada en el patio de una de las viviendas de dicha villa. En dicha oportunidad, los habitantes del lugar tomaron conocimiento de que sus propiedades se encontraban construidas en un sector aldeaño al ex vertedero La Cañamera. En la misma época el Servicio de Salud Metropolitano recibió denuncias reiteradas por parte de los vecinos, relativas a las emanaciones de gases y a la presentación de síntomas molestos atribuidos a dichas emanaciones.

Posteriormente, 158 habitantes de la villa demandaron por indemnización de perjuicios a la Inmobiliaria, a la Municipalidad y al Fisco. El Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Santiago acogió la acción, considerando que el Servicio de Salud de la Región Metropolitana incumplió sus

obligaciones legales y reglamentarias destinadas a resguardar la salud de las personas que habitaban la Villa; que la Municipalidad de Puente Alto otorgó permisos de construcción en una zona aledaña a un ex vertedero, sin adoptar las medidas necesarias para que se hubiera cerrado conforme a la ley; y que la Inmobiliaria Los Silos III incurrió en una conducta culposa al no indicar a los compradores que sus viviendas habían sido construidas en una zona aledaña a un vertedero. En virtud de lo anterior, el tribunal de primera instancia condenó a los demandados, solidariamente, al pago a cada uno de los demandantes de una suma de nueve millones de pesos, de los cuales ocho millones de pesos correspondían a daño emergente y un millón de pesos correspondía a daño moral. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó parcialmente la sentencia, eliminando la indemnización por daño emergente, y elevó la indemnización por daño moral a cinco millones de pesos a cada uno de los demandantes. Contra esta última decisión los demandados recurrieron de Casación tanto en la forma como en el fondo.

ALEGACIONES

Los recursos de Casación de los demandados coinciden en señalar que faltó la prueba que permitiera dar por acreditado el daño moral alegado por los demandantes suponiendo simplemente su existencia la Corte de Apelaciones.

Por otra parte, la Municipalidad de Puente Alto indica que no corresponde que sea condenada a indemnizar los daños en comento, ya que no ha incurrido en hecho ilícito alguno. Se refiere especialmente a la imputación que se le hace respecto a haber otorgado los permisos de construcción de la Villa San Guillermo II, no obstante que su accionar se sujetó estrictamente a las atribuciones que le entrega la normativa correspondiente, especialmente la LOCM, LOCBGAE y la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

En cuanto a las alegaciones señaladas por los demandados, respecto a que no se probó el daño moral, resulta pertinente reproducir el razonamiento contenido en el fallo de la Corte de Apelaciones, en el que se puede constatar que los sentenciadores establecieron, en virtud de presunciones, el detrimento moral sufrido por los demandantes. Expresaron

textualmente: "Que en cuanto al daño moral o extramatrimonial, solo sustituyéndose intelectualmente esta Corte en la persona de los demandantes puede presumirse —y las presunciones son un medio de prueba— la existencia de un evidente perjuicio de índole psicológico derivado del hecho de vivir al lado de lo que fue el vertedero La Cañamera, con malos olores en verano, con emanaciones de gas por las alcantarillas, existiendo en la actualidad chimeneas construidas para evacuar los gases [...]". Como se aprecia, los jueces de la instancia explicitaron los motivos que tuvieron para arribar a la convicción de ser cierto y efectivo el daño moral invocado por los actores. En efecto, tuvieron en consideración las circunstancias de que estos viven en las inmediaciones de un ex vertedero que recibió, por cerca de diecisiete años, desechos domiciliarios, respecto del cual ninguna autoridad adoptó las medidas sanitarias necesarias para su cierre. Esta omisión derivó indefectiblemente en la emanación de malos olores y gas que originaron malestares gástricos y otros problemas de salubridad, cuyo origen se encuentra en el inadecuado manejo de cierre de un vertedero. Tales antecedentes revelan inequívocamente la existencia del daño. Por otra parte, y solo a mayor abundamiento, se ha tenido presente que a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados —que importan inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados—, lo usual, de acuerdo con la experiencia, es que se afecte el estado psíquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda (considerandos 17 y 20).

Por otra parte, y en cuanto a la alegación de la Municipalidad de Puente Alto en atención a que respetó todas las normas legales que regulaban el otorgamiento de permisos de construcción, cabe recalcar que no basta esgrimir el cumplimiento formal de las cargas que impone un determinado estatuto legal a las autoridades municipales para eximir las de toda responsabilidad, puesto que el objeto primordial que les ha sido encargado en la ejecución de sus funciones es el de "satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas" (artículo 1° de la LOCM), aspecto que implica en la especie que su obligación era llevar a cabo una diligente aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, a fin de evitar que cientos de personas tuvieran que enfrentar los graves riesgos sanitarios de vivir en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero y cuyo cierre no fue objeto de tratamiento alguno, circunstancias que no eran desconocidas por dicha autoridad. De lo contrario: no se está dando

cumplimiento integral a las atribuciones que ha entregado el legislador a los gobiernos comunales, incurriendo en una conducta poco cuidadosa respecto de quienes acceden a estas viviendas con subsidio estatal en la creencia de que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario (considerando 22).

Con todo, el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados, pues como lo exponen los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", a lo cual agregan "pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever". De este modo, el Municipio ha ejercido sus obligaciones de manera imperfecta, circunstancia que conduce a desestimar su recurso de Casación en el fondo en relación con este último argumento (considerando 22).

CONCLUSIÓN

El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones no es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño, ya que, si bien, su incumplimiento constituye culpa, su cumplimiento no exonera necesariamente de la obligación general de cuidado que rige las relaciones de la administración con los administrados, debiendo responder si causa un daño.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esta decisión, la CS parece atender a criterios de equidad al momento de resolver el asunto controvertido. En efecto, al presumir que los habitantes de la Villa San Guillermo II habían sufrido un detrimento extra patrimonial por el hecho de tener sus hogares encima de un ex vertedero, se vislumbra que la idea de la CS es que resulta intolerable un caso como este, dado que existieron omisiones permanentes por parte de los órganos públicos: primero, en cuanto a la falta de actuación para su adecuado cierre; segundo, respecto a las obligaciones correspondientes a un correcto ejercicio de las potestades de ordenación urbanística, vinculadas a la

protección del derecho de las personas a vivir en un medioambiente libre de contaminación, especialmente, en cuanto se provocó un perjuicio a un grupo vulnerable de ciudadanos.

Por otra parte, este caso se relaciona con el caso "Copeva" (también incorporado en este texto), tanto debido a que se trata de la misma zona, como porque en dicha situación también se condenó al Fisco interpellando a la administración en cuanto a su política de viviendas sociales.

II. FALTA DE SERVICIO

2.1. **Ámbito de aplicación de régimen de responsabilidad por falta de servicio**

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 1760-2009

Fecha: 24.03.2011

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz, y el Abogado Integrante, Jorge Lagos Gatica.

Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.

Partes: Violeta Fernández Rodríguez con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Fuerzas Armadas - Código Civil - Culpa del Estado

PRINCIPIO JURÍDICO

La falta de servicio es una regla general de responsabilidad del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 21 y 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que establece dicha responsabilidad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Tres conscriptos, en cumplimiento de su servicio militar obligatorio, mueren producto de la explosión de una bomba. El accidente se produjo como consecuencia de que la bomba mortero señalada cayó cuatrocientos metros antes del blanco prefijado, impactando a las víctimas y provocándoles la muerte en el lugar de los hechos.

El Estado dedujo recurso de Casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, que confirmó, con declaración, el fallo de primera instancia que acogió la demanda.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Hasta antes de la dictación de la LOCBGAE la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varía con la promulgación de la LOCBGAE el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado (considerando 6).

La ley contemplo, entonces, el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que “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”. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II, sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a 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 –actual 21– (considerando 6).

Cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo, de 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, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio (considerando 6).

En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código

Civil, sin que esto implique una errada interpretación de las mismas. Es así como las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y Andre Tunc "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". Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado (considerando 7).

CONCLUSIÓN

Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece dicha responsabilidad, a partir de las normas del Código Civil, que establecen la responsabilidad por culpa.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia la Corte termina por consagrar la tesis de intercambiabilidad de la falta de servicio con la culpa civil, que fuera expuesta el año 2009 en el caso Seguel (incorporada en este texto).

2.2. Independencia de la falta de servicio de la responsabilidad del funcionario

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 6346-2006

Fecha: 05.03.2008

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros: Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau y los Abogados Integrantes, Arnaldo Gorziglia Balbi y Rafael Gómez Balmaceda.

Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.

Partes: Pamela Trincado Sierra con Municipalidad de Vallenar.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Responsabilidad del Funcionario - Falta Personal - Culpa Civil.

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad por falta de servicio es distinta a la culpa.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 4º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 del Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿La responsabilidad por falta de servicio es equivalente a la culpa civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El hijo de la Sra. Trincado había asistido al colegio a clases recuperativas el 26 de abril de 2003, debiendo permanecer ahí entre las 14 y las 18 horas. A las 16:45, la Sra. Trincado recibió un llamado desde el colegio, en el que le informaban que su hijo no paraba de llorar por un fuerte dolor de cabeza.

Al retirarlo del colegio, el hijo le informó que le dolía el ano y, al insistir por las razones, el menor indicó que fue violado en el baño del Colegio por otro estudiante de 12 años.

La Corte de Apelaciones señaló que había responsabilidad por falta de servicio por el hecho del dependiente.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La Municipalidad demandada estimó errónea la aplicación del estatuto jurídico utilizado en la sentencia, por considerar que la controversia debía ser resuelta por las normas de la responsabilidad contractual o legal, para luego añadir en su recurso que, si se hubiesen aplicado el artículo 4º de la LOCBGAE y las disposiciones de la LOCM, se habría arribado a la conclusión de que la responsabilidad de la Municipalidad de Vallenar es de

naturaleza legal o contractual, lo que hacía inaplicables las normas de los artículos 2320 y siguientes del Código Civil.

Sin embargo, tal planteamiento debe ser descartado, por cuanto, de acuerdo a los presupuestos fácticos acreditados en autos, la indemnización demandada ha tenido su origen en un hecho ilícito, lo que lleva desde ya a desechar la responsabilidad contractual invocada por la demandada.

Cabe hacer presente algunas consideraciones, en atención a que de la redacción de los fallos de primera y segunda instancia, se advierte una mezcla de disposiciones tanto del Código Civil como de la CPR, de la Ley N° 18.575 y de la LOCM, que fueron invocadas para sustentar la responsabilidad por la demandada.

En efecto, el estatuto correspondiente a la “falta de servicio” es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil, y así, en el caso sub lite hubo falta de servicio, al no cuidarse al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la administración y ello, conforme al artículo 142 de la LOCM, hace responsable al municipio demandado.

En la noción de “falta de servicio”, la actuación del funcionario propiamente tal no resulta relevante, sino lo que interesa es que la administración no actúe en la forma esperada, actúe mal, o actúe tardíamente, por lo tanto, tampoco parece aceptable hablar de falta personal como lo hace el fallo, la que solo se da en el evento de una extrema negligencia, o dolo, de parte del funcionario, y en ese solo caso el Estado, sin desligarse de su propia responsabilidad, puede repetir contra el personal que incurrió en la negligencia extrema. Tampoco y por la misma razón, puede mencionarse que existió culpa de algún funcionario.

CONCLUSIÓN

La responsabilidad por falta de servicio es independiente de la responsabilidad del funcionario, de modo que en su aplicación se deben seguir estándares diferentes a los señalados para la culpa civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia, al aplicar el estatuto de falta de servicio, lo distingue de la culpa que se aplica en el derecho civil, lo cual es relevante dado que en algunas ocasiones recientes la Corte Suprema ha afirmado que las normas

del artículo 2314 y siguientes del Código Civil son aplicables en sustitución de la falta de servicio (ver caso Seguel con Fisco, incorporada en este texto).

2.3. Deber de probar la falta de servicio

Tribunal Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 3894-2008

Fecha: 27.05.2010

Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Mónica Maldonado.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Eliana Rosa Silva Hernández con Municipalidad de Antofagasta.

DESCRIPTORES

Criterio de Imputación - Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Carga de la Prueba - Municipalidad - Acera.

PRINCIPIO JURÍDICO

La falta de servicio es una calificación jurídica que siempre depende de los hechos.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 141 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Arts. 764, 767 y 805 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio?

¿La calificación de un hecho como falta de servicio puede ser revisada por medio del recurso de Casación en el Fondo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Eliana Silva resbaló y rodó cuando se trasladaba por la vereda de la calle Baquedano, ciudad de Antofagasta, sufriendo daños en un tobillo y en el hombro izquierdo. Las lesiones se produjeron por el mal estado de la calle.

El tribunal y la Corte de Apelaciones acogieron la demanda por falta de servicio.

El Fisco recurrió de Casación, alegando que habían existido infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

ALEGACIONES

El fallo comete error al apreciar la prueba testifical, documental y confesional, y al alterar el onus probandi. La sentencia ha exigido probar a su parte que las lesiones sufridas por la demandante no eran consecuencia de la caída en la vía pública como sostenía, sino de aquella sufrida en el Hospital el mismo día. Así, se ha invertido el peso de la prueba ya que le correspondía a Eliana Silva acreditar el origen de sus lesiones.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Tratándose de una acción seguida contra un municipio, el estatuto de responsabilidad por falta de servicio radica en el artículo 141 de la LOCM.

La falta de servicio irroga responsabilidad a la administración si se establece que el órgano integrante de la misma no actuó debiendo hacerlo, o bien, actuó tardía o defectuosamente. En consecuencia, el demandante debe precisar en qué consiste la falta de servicio que atribuye al ente edilicio demandado.

La responsabilidad referida debe ser considerada precisamente como la culpa del servicio y, por ende, continúa siendo necesario no solo imputar sino probar la falla en la prestación en los términos antes señalados y que dicha falencia sea la causa directa del daño experimentado por la víctima.

La conclusión de que una determinada situación de hecho constituya falta de servicio implica una calificación jurídica que redundará en la aplicación de la normativa que por el recurso se dice infringida. Así, si se incurre en error al calificar una situación de hecho, se aplicará equivocadamente el derecho, cuestión que esta Corte está autorizada a revisar por ser propia de la Casación en el fondo.

En este caso, los sentenciadores han incurrido en una errónea aplicación de la ley producto de una equivocada calificación jurídica, dado que esta no encuentra sustento en los hechos que se tuvieron por probados en la causa, lo que amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada, por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada.

CONCLUSIÓN

Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio, ya que aquella debe ser considerada como la culpa del servicio.

La calificación de un hecho como falta de servicio sí puede ser revisada por medio de la Casación en el Fondo, en tanto corresponde a una calificación jurídica.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Corte, en esta sentencia, ha sido explícita en advertirle a los litigantes que en los debates de responsabilidad del Estado no basta con sostener la infracción normativa o de obligaciones, si no se acredita fácticamente la falta de servicio. Además, en esta decisión la Corte considera que, dado que la falta de servicio es un concepto normativo que siempre depende los hechos, sí puede involucrarse en su calificación en el recurso de Casación, pues una mala apreciación de los hechos puede llevar a una equivocada aplicación del derecho de daños de la administración.

Así las cosas, la Corte se ha transformado en el tribunal de decisión de los casos de responsabilidad del Estado y no de correcta aplicación del derecho. Si bien era una práctica desde hace algunos años, en esta decisión la Corte confiesa cuál es la razón que justifica proceder de ese modo.

2.4. Forma de evaluar la falta de servicio

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 3172-2008

Fecha: 19.01.2010

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Adalis Oyarzún Miranda.

Ministro minoría: El Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Ministro redactor: El Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Partes: Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Delitos - Orden Público - Municipalidad.

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad por falta de servicio debe observarse de acuerdo con estándares y exigencias medias que correspondan al organismo en concreto.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 4° Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cómo debe evaluarse la falta de servicio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El propietario de la Hacienda Lleu Lleu había desarrollado un proyecto turístico e inmobiliario en la localidad de Cañete, provincia de Arauco.

Desde el año 1995, sus vecinos, la Comunidad Mapuche Pascual Coña, habría comenzado una serie de acciones dirigidas a turbar la posesión y tranquilidad del predio, puesto que según ellos parte de este sería de dominio de dicha comunidad y esto justificaría el permanente hostigamiento iniciado en contra de la sociedad. Se produjeron sucesivas ocupaciones de facto de parte del predio, hurto de pastos, destrucción de cercos y alambradas. Los propietarios interpusieron dos recursos de protección en contra de la comunidad, que fueron acogidos en su oportunidad.

Los dueños del predio han denunciado permanente y sistemáticamente los hechos a Carabineros y otras autoridades por recurrentes y consecutivos hechos de violencia, solicitando protección, pero los incidentes y violencia no se han acabado, pese a que las autoridades adoptaron medidas.

La Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu demandó al Fisco en juicio de indemnización de perjuicios, lo que fue rechazado por el tribunal de primera instancia. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción. Frente a este último pronunciamiento, el demandante interpuso recursos de Casación en la forma y en el Fondo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, existe falta de servicio cuando este ha funcionado deficientemente, no ha funcionado, debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. En este caso, tal situación no ha ocurrido desde que, según se dejó asentado por los jueces del mérito, el Estado intentó evitar los hechos delictuales de que fue víctima la parte demandante, actuando conforme a su capacidad instalada y de acuerdo con los medios Humanos y disponibles (considerando 8).

Para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la Administración en relación con los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo. Fue justamente ese el espíritu del legislador, según es posible advertir del informe de la Comisión de Estudio de las Leyes Constitucionales, de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, el que al referirse al mal funcionamiento del servicio, en la página 10, señala que este existe 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" (considerando 9).

En este caso es dable concluir que la administración, esto es carabineros —que solo puede entenderse órgano de la administración en tanto cumple las normativas que imparte el gobierno superior del Estado— adoptó todas las medidas de seguridad que le resultaron posibles, de acuerdo a sus recursos, en relación a los hechos delictuales que afectaron a la parte demandante, de manera que los jueces del fondo, al resolver como lo hicieron, no han incurrido en el error de derecho que se les imputa.

A mayor abundamiento, el concepto de falta de servicio supone (fundamentalmente) que se ocasione el daño, sin que en estos autos se haya establecido la relación de causalidad entre los daños sufridos por el actor y la actuación de las autoridades administrativas o de Carabineros, considerado como órgano de la administración, que lo hace de acuerdo con órdenes impartidas. En efecto, no es posible estimar de una manera razonable que el origen de los daños está en la conducta imputada a las autoridades de Gobierno, a los Tribunales de Justicia o, principalmente, a la actuación de Carabineros.

CONCLUSIÓN

La falta de servicio debe evaluarse en relación con los concretos medios de actuación de los cuales dispone la autoridad para intervenir en un caso concreto.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es relevante porque la Corte trata de señalar bajo qué condiciones, pese a existir actuación pública, es posible la falta de servicio. En opinión de la Corte ello solo sería posible juzgando los medios materiales de los cuales dispone la autoridad en el momento de que se trate.

2.5. Falta de servicio por omisión

Órgano Competente:

Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 2068-2009

Fecha: 18.03.2011

Resultado recurso: Acogido

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Carlos Kunsemuller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante, Rafael Gómez Balmaceda.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Ena Munoz Contreras con Servicio de Registro Civil de Valparaíso.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Indemnización de Perjuicios - Servicio Público - Posesión Efectiva.

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay falta de servicio por omisión de control.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 4º y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 8º Ley Nº 19.903 sobre Procedimiento para el Otorgamiento de la Posesión Efectiva de la Herencia.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Responde el Estado cuando el daño es consecuencia de la conducta de un tercero?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Servicio de Registro Civil e Identificación de Valparaíso otorgó posesión efectiva de los bienes de la madre de la demandante a un tercero sin derecho a ella, sin advertir la calidad de hija de la actora y, por tanto, con mejor derecho a suceder que este tercero. La falta del servicio provocó perjuicios que se tradujeron en la pérdida de una propiedad que el falso heredero vendió.

La parte demandante dedujo recurso de Casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Valparaíso, que revocó la de primera instancia que había acogido la demanda y en su lugar la rechazó.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Conforme a las normas contenidas en la Ley N° 19.903, sobre Procedimiento para el Otorgamiento de la Posesión Efectiva de la Herencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación tiene la competencia exclusiva para otorgar la posesión efectiva de las herencias originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, para lo cual debe atender a sus registros y debe conceder la posesión efectiva a todos los que poseen la calidad de herederos, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud (considerando 4).

La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con la conducta normal que se espera de él y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo, y cuando funciona irregular o tardíamente (considerando 7).

La sentencia impugnada estimó que había daño para la actora, pero que este lo había ocasionado el tercero que solicitó para sí la posesión efectiva de la causante excluyendo a la demandante. Si bien, la conducta del tercero dio inicio al perjuicio causado, este no se habría materializado si el Servicio hubiese cumplido cabalmente su misión, por cuanto, si hubiera advertido la existencia de la hija de la causante, no habría podido otorgar la posesión efectiva a dicho tercero, con lo cual este quedaba impedido de obtener las inscripciones necesarias que lo habilitaban para disponer de la propiedad de la causante. Lo anterior demuestra que existe relación de causalidad entre la conducta reprochada al servicio y el daño ocasionado (considerando 8).

Se dan los elementos necesarios para que opere la indemnización de perjuicios por falta de servicio de la administración por la conducta defectuosa de uno de sus órganos (considerando 9).

CONCLUSIÓN

Es responsable el Estado de los perjuicios ocasionados por la conducta de un tercero cuando estos podrían haberse evitado si el órgano administrativo hubiese cumplido cabalmente su misión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante, pues uno de los principales problemas en responsabilidad patrimonial del Estado es constituir un caso de falta de servicio por omisión.

La razón es simple: la omisión para que sea constitutiva de Título de imputación de responsabilidad, no solo debe consistir en "omitir" una acción y que producto de ella se cause daño, es indispensable que esa omisión se produzca en un contexto de infracción a un mandato normativo concreto.

Sin embargo, esta decisión más que un caso de omisión, que la Corte lo construye como un problema de control del superior, es un asunto de cúmulo de responsabilidades, en la medida que la acción que genera el daño es el incumplimiento de obligaciones funcionarias concretas.

2.6. Falta de servicio por error en criterios técnicos de una licitación

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 1504-2008

Fecha: 26.11.2009

Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Adalis Oyarzún Miranda y Benito Mauriz Aymerich.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Carlos Pérez y Otros con Copeva y Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Bases de Licitación - Servicio de Vivienda y Urbanización - Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay falta de servicio cuando hay error en criterios técnicos de una Licitación.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; D.L. N° 1.305/1975 Reestructura y Regionaliza

el Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Art. 3° D.L. N° 2.552/1979; Arts. 1°, 2° y 23 letra f) D.S. N° 335/1976 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización; D.S. N° 235/1986 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Sistema de Participación de las Instituciones del Sector Vivienda en Programas Especiales que Indica.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Hay responsabilidad por falta de servicio cuando existen errores en los planes y programas de viviendas sociales?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Los demandantes accedieron a sus viviendas a través del Programa de Vivienda para los Trabajadores del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que opera mediante organizaciones intermediarias mandatarias que suscribieron contratos con una empresa constructora, aprobados por el Ministerio.

En junio de 1997 se produjo un temporal de lluvia, que implicó que sus viviendas resultaran gravemente afectadas por una serie de defectos y vicios de construcción, produciéndoles perjuicios materiales y morales de proporciones.

ALEGACIONES

La tesis del Servicio de Vivienda y Urbanización es que este es un problema de responsabilidad contractual entre los propietarios y la empresa constructora, ya que dicho servicio solo se preocupa de la gestión de subsidios.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del órgano administrativo en relación con la conducta normal que se espera de él, y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente (art. 42 LOCBGAE) (considerando 5 de la sentencia de reemplazo).

El D.S. N° 335/1976 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, señala en lo pertinente: que los Servicios de Vivienda y Urbanización son instituciones autónomas del Estado, que se relacionan con el Gobierno a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio distinto del Fisco (artículo 1°); que dicho Servicio es el organismo ejecutor de las políticas, planes y programas que disponga desarrollar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (artículo 2°); que dentro de las atribuciones y funciones de la Unidad Técnica de Construcciones y Urbanización del Servicio se encuentra la de confeccionar planos, tipos o modelos de viviendas económicas, mínimas, progresivas, sociales (artículo 23 letra f)). De los preceptos citados, puede deducirse que el fundamento de la actividad jurídico-administrativa del Servicio de Vivienda y Urbanización —como órgano ejecutor— consiste en preparar y desarrollar planes y programas —aprobados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo— y elaborar modelos de viviendas, entre otras, de tipo sociales (considerandos 7 y 8 de la sentencia de reemplazo).

Lo anterior implica que, normativamente, la determinación de las características de las “viviendas de carácter social” es encargada al Ministerio de Vivienda y Urbanismo y al Servicio de Vivienda y Urbanización. Este último, por medio de la elaboración de bases técnicas, deberá desde luego definir la tipología y estándar mínimo de estas viviendas, lo que significa especificar su diseño, los elementos relativos a los materiales que deben utilizarse y sus especificaciones estructurales (considerando 9 de la sentencia de reemplazo).

Contrariamente a lo sostenido por el Servicio de Vivienda y Urbanización, era jurídicamente exigible a ese organismo la elaboración de bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales por parte de la empresa constructora. Como se sabe, las viviendas afectadas se construyeron en el contexto del Programa Especial para Trabajadores, regulado por el D.S. N° 235/1986 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Sistema de Participación de las Instituciones del Sector Vivienda en Programas Especiales que Indica. En dicho cuerpo normativo se regularon las normas de financiamiento en la adquisición de viviendas sociales, pero no se contempló ninguna sobre la forma en que debían construirse, de lo cual se deduce que dicha normativa no modificó en modo alguno los deberes impuestos al servicio por su estatuto orgánico. Si se revisan los convenios suscritos por el Servicio de Vivienda y Urbanización y las entidades

organizadoras en el marco de este cuerpo normativo, se aprecia que ellos señalan que corresponde al Ministerio de Vivienda y Urbanismo intervenir y participar en aquellos planes y programas que tengan por finalidad colaborar en la solución del problema habitacional, en conformidad con el D.L. N° 1.305/1975 que Reestructura y Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el D.L. N° 2.552/1979. Este último cuerpo normativo (entre otras materias) transfirió los programas de viviendas sociales al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, indicando en su artículo 3° que estas deberán cumplir “las características técnicas, de urbanización y de equipamiento que señalen los reglamentos que dicte el Presidente de la República por intermedio de dicho Ministerio”. En consecuencia, el propio convenio suscrito por la demandada reafirma que el programa habitacional debe sujetarse a la regulación administrativa que emane del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y, por ende, del Servicio de Vivienda y Urbanización, en materia de características técnicas de las viviendas (considerandos 10 a 12 de la sentencia de reemplazo).

Quedó establecido que era exigible jurídicamente al Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano elaborar bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la demanda. Lo anterior hace notar que el predicamento de la demandada, fundado en que carece de responsabilidad por no ser parte de los contratos de construcción, no tiene asidero alguno, desde que el deber de servicio base de la responsabilidad extracontractual que se le atribuye tiene su origen en la normativa legal, reglamentaria y en el convenio referido (considerando 14 de la sentencia de reemplazo).

En esta línea de consideraciones, corresponde determinar si el ente demandado cumplió con el deber de servicio que se ha establecido, esto es, si las bases técnicas elaboradas por esta institución fueron las apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la acción. De acuerdo a un informe emitido por CGR, la prueba testimonial y la prueba pericial (informe del Colegio de Arquitectos de Chile) rendida en el juicio, quedó acreditado que la inadecuada elaboración de las bases técnicas confeccionadas por el Servicio de Vivienda y Urbanización (lo que permite concluir, a su vez, que en la especie hubo incumplimiento de los deberes del servicio contenidos en las diversas normas citadas) fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a las viviendas sociales de los actores (considerando 16 a 21 de la sentencia de reemplazo).

CONCLUSIÓN

Hay falta de servicio cuando la autoridad no elabora adecuadamente los instrumentos técnicos que sirven de base a la ejecución de una política pública y de ellos se siguen perjuicios graves para las personas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una sentencia destacada, pues la Corte considera que es posible extender la responsabilidad del Estado, a través del marco regulatorio de participación privada en una política pública social, cuando las reglas técnicas, sobre las cuales se debe realizar esa prestación, son inadecuadas y de responsabilidad de la autoridad, aunque sean ejecutadas por un privado.

2.7. Falta de servicio de organismo colaborador del Estado

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 3848-2012

Fecha: 19.06.2013

Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Lamberto Cisternas Rocha, Alfredo Pfeiffer Richter y los Abogados Integrantes, Alfredo Prieto Bafalluy y Ricardo Peralta Valenzuela.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Humberto Sánchez Panavello con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Falta de Servicio - Responsabilidad Patrimonial de la Administración - Servicio Nacional de Menores - Organismo Colaborador del Estado - Deber de Supervigilancia.

PRINCIPIO JURÍDICO

La administración no responde por falta de servicio cuando se producen daños a particulares, por acción de entes privados colaboradores de la función administrativa, si cumplió su deber de supervigilancia.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1°, 3° N° 8 y 10 y 15 D.L. N° 2.465/1979 Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija el Texto de su Ley Orgánica; Ley N° 20.032 Establece un Nuevo Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es responsable un servicio público por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función, en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervigilancia o fiscalización y asignación de recursos respecto de dicho organismo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Una menor fue ingresada, por orden del Tribunal de Menores respectivo, a un hogar de acogida, el cual se encontraba autorizado para actuar como colaborador o coadyuvante del Servicio Nacional de Menores (SENAME). En dicho lugar, la menor falleció a consecuencia de una "neumonitis viral en evolución", en circunstancias que dentro de los dos días anteriores a su deceso había tenido fiebre y rechazaba la alimentación.

El padre de la menor interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco. El tribunal de primer grado rechazó la demanda, fallo que fue revocado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que estimó configurada una falta de servicio del SENAME. Sin embargo, el Fisco recurrió de Casación en el fondo para ante la Corte Suprema.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la administración, es decir, el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquella, conforme lo dispone el artículo 42 de la LOCBGAE (entre otras normas). Para su procedencia, es necesario que se acredite por quien la alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción

defectuosa haya provocado un daño al administrado y que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado (considerando 7).

El D.L. N° 2.465/1979, que Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija su Ley Orgánica, vigente al tiempo de ocurridos los hechos, señala en su artículo 1° que a dicho ente le corresponde ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata esa ley y estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones. Agrega que se entiende por entidades coadyuvantes a todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata dicha ley. El artículo 3° señala que, en especial, al SENAME corresponderá: 8) Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes al cumplimiento de los objetivos del Servicio; 10): Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. El artículo 15 manifiesta que las entidades coadyuvantes y, en especial, las reconocidas como colaboradoras, deberán cumplir las normas o instrucciones generales que, de acuerdo con esa ley, les imparta el SENAME; asimismo, deberán proporcionar la información que este les requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos. El artículo 18, por su parte, señala que, en los convenios que el SENAME celebre con las instituciones reconocidas como colaboradoras, se deberá establecer a lo menos la ayuda técnica, material y financiera que aquel proporcione a dichas instituciones y el compromiso de estas en orden a ejecutar las acciones que el SENAME les señale y a recibir o atender a un determinado número de menores que les envíe (considerando 9).

D.L. N° 2.465/1979, que Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija su Ley Orgánica, fue modificado el año 2005 –con posterioridad a los hechos materia de autos– por la Ley N° 20.032, que Establece un Nuevo Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención. La lectura de los cambios de las disposiciones y la historia de dicha ley confirma que la decisión del legislador, antes y después de las modificaciones, ha sido que el SENAME, respecto de las entidades colaboradoras, solo tiene un rol de supervisor

o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. Por tanto, no corresponde que el SENAME responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de las instituciones colaboradoras, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. El artículo 3° N° 10 de la precitada ley confirma lo antedicho, por cuanto atribuye al SENAME la facultad de asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo juez de menores, dejándose constancia que es con el claro propósito de restringir dicha facultad a determinados establecimientos dependientes de aquellas instituciones y cuando se presentaren anomalías graves que afecten el funcionamiento de una institución o establecimiento, especialmente si ellas se traducen en situaciones de amenaza o vulneración a los derechos de los niños (considerando 10).

En este orden de cosas, la posibilidad de que el SENAME pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limita a la de ejercer la facultad de impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración. Por consiguiente, en la especie, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del SENAME que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor, acaecido en una institución colaboradora, puesto que la situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes de esta institución no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica oportuna. Así las cosas, no se ha demostrado que la administración haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio (considerandos 11 y 12).

CONCLUSIÓN

Un servicio público no es responsable por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función, en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos respecto de dicho ente, siempre que haya cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión y los hechos dañosos se hayan debido únicamente a la actuación negligente del ente colaborador.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La decisión es relevante porque delimita los ámbitos de las autoridades de gestión de servicios públicos privados y el régimen de responsabilidad por fiscalización. En síntesis, la Corte decide que, si el prestador es privado, aunque esa prestación provenga de un contrato público concesional o de concierto, la responsabilidad extracontractual por la prestación es del proveedor privado y no de la administración. Esta última solo sería responsable por la falta de servicio directa ocasionada en las facultades de fiscalización.

Con este criterio la Corte Suprema se aleja de un concepto de servicio público amplio, propio de mediados del S. XX, en el cual se entendía que el proveedor privado, mediante contrato público, actuaba en nombre de la administración y, por lo tanto, los daños que él ocasionaba se le debían imputar al Estado.

La opción de la Corte en este caso, y de ahí su relevancia, es que refleja de manera diáfana los ámbitos en los cuales las reglas de responsabilidad estatal, como garantía a los ciudadanos, se deben considerar. El estándar de esta decisión es relevante en otros ámbitos de la intervención administrativa.

III. FALTA PERSONAL

3.1. Falta personal de funcionario público

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 6210-2008

Fecha: 26.08.2010

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante, Benito Mauriz Aymerich.

Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.

Partes: Andrés Godoy Díaz con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Cúmulo de Faltas - Causalidad - Servicio de Registro Civil e Identificación.

PRINCIPIO JURÍDICO

En la responsabilidad del Estado puede existir cúmulo de responsabilidades.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 764, 765, 767 y 805 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Existe falta de servicio del Registro Civil al otorgar a un tercero la cédula de identidad de una persona?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La oficina de Valparaíso, del Servicio de Registro Civil e Identificación, otorgó una cédula de identidad a nombre del recurrente a otra persona. Dicho sujeto suplantó al actor y usurpó su nombre, realizando diversas negociaciones y operaciones comerciales que comprometieron el patrimonio y crédito del actor.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda, la cual fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. La parte demandada dedujo recurso de Casación en el fondo.

ALEGACIONES

El fallo atribuye responsabilidad al Estado por falta personal de un funcionario, prescindiendo de la noción de falta de servicio. Según este último criterio de imputación, el elemento subjetivo de dolo o culpa ha de atribuirse no ya a un determinado funcionario, sino que directamente al respectivo organismo. Paralelamente, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, acreditada en la causa, no es directa, de manera que no se cumple un requisito esencial de procedencia de toda responsabilidad civil por daños.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Existe falta de servicio cuando este ha funcionado deficientemente, no ha funcionado, debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la administración debe indemnizarlo. En cambio, la falta personal es aquella separable del ejercicio de la función, ya sea por tratarse de hechos realizados por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, por tratarse de actos que obedecen a móviles personales o cuando ha existido por parte de éste una grave imprudencia o negligencia (considerando 5).

En el caso resulta claro que ha existido falta de servicio, por mal funcionamiento del organismo público, al entregar una cédula con la identidad del actor a un tercero. Ahora bien, aun en caso de estimarse que la situación importa la existencia de una falta personal, cabe señalar que desde el punto de vista del derecho administrativo y la LOCBGAE, pueden coexistir ambas. Un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio. Aun cuando se excluya esta última y solo exista una falta

personal, se produce un cúmulo de responsabilidad, sin cúmulo de faltas, por cuanto la personal se habría cometido ya sea en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma (considerando 6).

La actuación negligente del Servicio de Registro Civil fue la causa necesaria y directa de los daños que sufrió el actor. La entrega de una cédula con la identidad del demandante a un tercero fue precisamente el medio que este último utilizó para realizar las conductas que provocaron los perjuicios morales y patrimoniales al primero. De no haber existido negligencia en el funcionamiento del servicio estatal, el tercero no habría obtenido una cédula que daba cuenta de una identidad distinta a la suya y, consecuentemente, el actor no habría sufrido los daños por los que demanda. Por consiguiente, la imprudencia del Servicio fue determinante para la producción de los daños (considerando 7).

CONCLUSIÓN

Existe falta de servicio del Registro Civil al entregar una cédula con la identidad del actor a un tercero toda vez que esto constituye un mal funcionamiento del organismo público. La circunstancia que hubiere también falta personal no exime al organismo de responsabilidad, pues un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con este caso, la Corte establece su estándar en materia de cúmulo de responsabilidades de forma expresa. Como se sabe, la CPR, al igual que la LOCBGAE, establece un sistema de responsabilidad directa, es decir, en donde la falta personal es subsumida en la falta de servicio y, en consecuencia, la falta personal solo tiene utilidad para efecto de la acción de regreso hacia el funcionario por parte de la administración.

IV. FALTA DE SERVICIO POR EL MUNICIPIO

4.1. Responsabilidad municipal por accidente en vía pública

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: s/i

Fecha: 24.03.1981

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Luis Cousiño Mac-Iver, Luis Maldonado Boggiano, Octavio Ramírez Miranda, Manuel Rivas del Canto, Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Ministro redactor: Luis Cousiño Mac-Iver.

Partes: María Eliana Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Responsabilidad Objetiva - Mantención de Vías Públicas - Municipalidad

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad por falta de servicio es objetiva.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 71 Ley N° 16.742; Arts. 62 D.L. N° 1.289/1975 Ley Orgánica de Municipalidades; D.S. N° 422/1969 Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Art. 172 Ordenanza General del Tránsito.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es la responsabilidad por falta de servicio de las municipalidades de carácter objetivo por la mantención en las vías públicas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

María Eliana Tirado el miércoles 4 de mayo de 1977, a las 19:30 horas más o menos, en el paradero para la locomoción colectiva, existente en la esquina de Príncipe de Gales con Avenida Carlos Ossandón, al descender del bus de la empresa de transporte colectivo en que viajaba, sufrió un grave accidente al caer en una profunda excavación, situada a menos de dos metros del paradero, que le provocó una luxa-fractura del tobillo izquierdo. La excavación, de 1,20 metros más o menos, no tenía señalización ni protección alguna.

La Municipalidad sostuvo que las obras eran de responsabilidad de la Corporación Vecinal de La Reina y, en consecuencia, no le es oponible ningún tipo de responsabilidad.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Las municipalidades son instituciones de Derecho Público, funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto primordial es administrar la comuna y, como tales, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y responsables civilmente, como se verá, tanto contractual como extracontractualmente; que dentro de sus atribuciones privativas les corresponde la administración de los bienes municipales y de los nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo aquellos que, en atención a su naturaleza o fines, corresponda administrar a otros organismos; y la aplicación, dentro de las condiciones que determine el respectivo plan regulador comunal, de las normas legales de construcción y urbanización.

El artículo 62, inciso 2, de la Ley Orgánica de Municipalidades, especialmente expresa 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"; se consagra aquí la responsabilidad objetiva, en que el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de este, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la Corporación edilicia debió subsanar.

Siendo la causa que motivó el accidente de que se trata, una excavación existente en la vereda, cercana a un paradero de la movilización colectiva, la que, al momento de los hechos, se encontraba sin protección ni señalización adecuada, como lo exige el artículo 172 de la Ordenanza General

del Tránsito, no cabe sino concluir que la Municipalidad es responsable del perjuicio ocasionado a la actora como usuaria de un servicio público.

CONCLUSIÓN

La inadecuada mantención de las vías públicas y la ausencia de señalización de las mismas, constituye una falta de servicio de las municipalidades, que debe ser calificada como responsabilidad objetiva, porque no es necesario probar dolo o culpa de ningún agente público para imputar responsabilidad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es la primera y más trascendente en materia de falta de servicio, que había sido incorporada a la legislación chilena por primera vez en la Ley de Municipalidades de 1977. Desde su establecimiento y especialmente desde la decisión del caso Eliana Tirado, la doctrina mayoritaria del Derecho Administrativo Chileno sostuvo que el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio era de carácter objetivo, de manera que su estatuto era de Derecho Público.

4.2. Responsabilidad municipal por accidente en vía pública

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 6754-2006

Fecha: 18.03.2008

Resultado recurso: Acogido

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau y Sonia Araneda Briones.

Ministros minoría: Adalis Oyarzún Miranda y el Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Ramón Quintana Urrea con Municipalidad de Chillán.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Mantenición Vías Públicas - Municipalidad - Calificación de los Hechos.

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad por falta de servicio por mantención en las vías públicas requiere de un análisis fáctico.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 4º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿La responsabilidad por falta de servicio por el mantenimiento de las vías públicas requiere de apreciación concreta?

¿Es posible en el recurso de Casación calificar los hechos en los que se funda la falta de servicio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Sr. Quintana Urrea, el 5 de noviembre de 2004, conducía su bicicleta por una avenida y al empalmar con un cruce, la rueda cayó a una zanja que cruzaba la calle, sin que existiera señalización de trabajos que se efectuaban o el peligro de la zanja, cayendo violentamente al suelo y sufriendo diversas lesiones, entre ellas un traumatismo encefalo craneano que le produjo daño físico y secuelas síquicas.

La Corte de Apelaciones señaló que había responsabilidad por falta de servicio por mantención en la vía pública.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Debe analizarse si frente a los hechos que se han dado por establecidos ha existido una falta de servicio que haga responsable a la Municipalidad demandada. Para lo anterior debe tenerse presente que, frente a una

determinada situación fáctica, la calificación que se haga de ella, como constitutiva de falta de servicio, implica necesariamente una calificación jurídica que queda, por tanto, comprendida dentro del control de Casación.

En este caso, los hechos establecidos pueden sintetizarse en que existió una zanja que no fue señalizada y que al pasar por allí el actor en su bicicleta se produjo su caída y sufrió lesiones que le causaron un daño moral. De acuerdo con lo anterior, corresponde determinar si la existencia de esa zanja no señalizada por la demandada constituye una falta de servicio.

Como es sabido, la falta de servicio debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la administración, en este caso a la Municipalidad, y así se incurre en falta de servicio cuando el ente administrativo no actúa, debiendo hacerlo, actúa mal y no como se espera de él, o actúa en forma tardía. En este caso, la cuestión consiste en calificar si la existencia de la zanja no señalizada (ilustrada en el expediente) constituye falta de servicio, esto es, si era esperable para el ciudadano que la Municipalidad hubiese efectuado en este caso la señalización correspondiente.

Dada la envergadura que reviste el desnivel, no es exigible al municipio que hubiese efectuado la advertencia del caso. A ello cabe agregar que admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros, avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras y, evidentemente, ello no es exigible a la administración.

A vía de ejemplo, el ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o de baldosas sueltas sea debidamente comunicada a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que también espere que incluso desperfectos (menores), como el que muestran las fotografías, deba ser advertido por la Municipalidad, lo que sin duda no constituye falta de servicio.

Así las cosas, al haberse efectuado una errónea calificación jurídica de los hechos de la causa, por cuanto se estimó como falta de servicio una situación que no lo era, los magistrados de la instancia aplicaron erróneamente a la litis lo dispuesto en el artículo 141 de la LOCM, que establece la falta de servicio, y ello amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada, por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada, de tal manera que dicho error ha tenido influencia sustancial en lo resuelto.

CONCLUSIÓN

Para determinar adecuadamente la falta de servicio de una municipalidad por la señalización de los desperfectos en la vía pública, debe considerarse la situación concreta ya que defectos menores no pueden dar origen a una responsabilidad de este tipo.

Dado que los hechos en la falta de servicio condicionan la calificación de esa denominación jurídica, estos son susceptibles de ser revisados en vía de Casación.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

A partir de esta sentencia, la Corte comienza a analizar con muchísima más intensidad los presupuestos fácticos en los que se funda la responsabilidad por falta de servicio en las vías públicas, pues advierte que no cualquiera puede dar origen a indemnización.

Con este criterio ha resuelto otros casos como Godoy Villouta con Municipalidad de San Ramón, Rol N° 2787-2008. En dicha sentencia la Corte sostuvo, en relación con la omisión de "señalización adecuada": "Esta última estará determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca al municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto" (considerando 8).

4.3. Responsabilidad municipal por accidente en bien nacional de uso público

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 3561-2008

Fecha: 12.08.2010

Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz y Rosa Egnem Saldías.

Ministros minoría: Sonia Araneda Briones y el Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Carlos Ojeda Bustos con Municipalidad de Valdivia.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Municipalidades - Falta de Servicio - Riesgo - Previsibilidad

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay responsabilidad cuando se omite un deber de actuación.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 38 CPR; Art. 4° y 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 1°, 4° y 5° Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Arts. 764, 767 y 807 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo un Municipio incurre en responsabilidad por falta de servicio por un daño ocurrido en un bien nacional de uso público que le corresponde administrar?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El 23 de febrero de 2007, una escultura ubicada en el sector denominado Patio de las Esculturas del Parque Saval, de la ciudad de Valdivia, recinto de dominio municipal, cayó sobre el menor Christopher Ojeda Ampuero. La escultura no se encontraba especialmente fijada al suelo, sino que mantenía su verticalidad sobre su propio peso. La pieza corresponde a un trozo de madera de 1.80 a 2 metros de alto y de aproximadamente 200 kilos, susceptible de oscilación de aplicarse fuerza y eventualmente de caída, si esta fuerza fuere superior. La referida estructura presenta varios orificios que, en términos prácticos, pueden utilizarse como estribos para ascender a ella. En el lugar no había avisos de advertencia de no trepar a las esculturas. La caída de la escultura sobre el menor se produjo por acción de este.

El padre del menor interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Valdivia, la que fue rechazada en primera instancia. La Corte de Apelaciones confirmó dicho pronunciamiento, por lo que el actor interpuso recurso de Casación en el fondo.

ALEGACIONES

La sentencia no aplicó la responsabilidad de los órganos públicos por falta de servicio, la cual se presenta cada vez que la acción u omisión de la administración causan daño, lo que es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

El artículo 38, inciso 2, de la CPR, dispone que: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, 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". A su vez, la LOCBGAE, en su artículo 4º, 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 hubiere ocasionado"; y, en su artículo 42, estatuye que "Los órganos de la administración del Estado 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 la falta personal" (considerando 5).

Las normas referidas conforman el estatuto jurídico que informa lo que doctrinariamente se ha denominado falta de servicio, la que, si bien, no ha sido definida en forma legal, se ha entendido como el mal funcionamiento de un servicio público, el que se produce ya sea por falta absoluta de funcionamiento del mismo, debiendo hacerlo, o cuando se presta en forma deficiente o tardíamente y no oportuna en relación con lo que debería haber sido su comportamiento en forma normal (considerando 6).

Con el fin de desarrollar actividades recreativas, la Municipalidad de Valdivia, luego de un concurso de esculturas, decidió instalarlas en forma transitoria en un sector del parque Saval, para que las mismas fueran visitadas y apreciadas por el público en general, sin restricción alguna. La

instalación solo significó el traslado de las piezas de arte al lugar destinado para su exhibición, pero no contempló la adopción de medidas tendientes a asegurar la estabilidad de las mismas a través de algún dispositivo de fijación al terreno, por lo que las esculturas se mantenían sustentadas por su propio peso. Del mismo modo, al momento del accidente que motiva la acción, no existía ninguna advertencia de la situación antes descrita, que alertara a los visitantes respecto de la fragilidad de sustentación de las esculturas, situación que solo fue rectificada con posteridad (considerando 8).

En las condiciones anotadas aparece que efectivamente la Municipalidad demandada incurrió en falta de servicio, pues, actuando dentro de sus atribuciones de administrar bienes nacionales de uso público, tomó una decisión que involucraba riesgo al mantener en un parque público de uso familiar una estructura autosustentable, en circunstancias que era previsible que en esas condiciones dicha estructura podía causar daños a terceros, sin que esa situación fuera advertida por algún medio al público que concurría a visitar la exhibición (considerando 9).

CONCLUSIÓN

Una municipalidad incurre en falta de servicio cuando, debiendo haber previsto un daño existente en un bien nacional de uso público que le correspondía administrar, no tomó medida alguna para evitarlo y no advirtió del peligro existente a los usuarios.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una de las clásicas decisiones de responsabilidad patrimonial del Estado y que ha operado con mucha habitualidad en el Derecho Administrativo Chileno, en la medida que la Corte regularmente ha considerado que la mera omisión de señalización es constitutiva de falta de servicio, de modo que, si hay daño, entonces el Estado está en la obligación de indemnizar.

Sin embargo, este clásico título de imputación está siendo restringido por la Corte al exigir que, además de la omisión de señalización, la vía pública se encuentre en un manifiesto mal estado. Así, por lo demás, lo ha señalado en el caso "Quintana con Municipalidad de Chillán (sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6754-2006)".

V. RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO

5.1. Responsabilidad por actos lícitos de la Administración*Órgano Competente:* Corte Suprema*Tipo de recurso:* Casación en el Fondo*Rol:* s/i*Fecha:* 11.01.1908*Resultado recurso:* Acogido*Ministros mayoría:* Dagoberto Lagos Pantoja, Agustín Parada Benavente, Benedicto de la Barra Bascur, Carlos de la Fuente Millán, Romilio Burgos Melo, Gregorio Schepeler Pinochet, Ramiro Hederra Concha y Alfredo Rondanelli Fernández.*Ministro redactor:* Dagoberto Lagos.*Partes:* Andrés Lapostol con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Actos lícitos - Nadie puede ser privado de lo suyo - Propiedad - Gravamen.

PRINCIPIO JURÍDICO

El Estado es responsable por actos lícitos.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 12 Constitución de 1833; Arts. 2314 y 2329 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿El Estado debe responder por los actos lícitos que afectan la propiedad de un particular?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Intendente de Concepción, con el auxilio de la fuerza pública y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, impidió al demandante que continuara la explotación de canteras, la tala de árboles y otros actos de dominio en su fundo, ubicado en la localidad de Penco, con el único objeto de proteger el servicio de agua potable de esa ciudad.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de su dominio o del derecho a que ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del Estado, ninguna de cuyas limitaciones concurre en el caso de autos; y es un principio de derecho que el que causare daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo. Las medidas dictadas por el Intendente de Concepción, dados los antecedentes que la motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública. De este modo, se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal.

En estas condiciones, si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, si se halla justificado de que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de estos dos requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está, asimismo, que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto de vista evidente que a este corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y, consiguientemente, que pueden ser regulados estos de conformidad a las reglas generales (considerando 7).

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar a una persona que sufre un gravamen en su propiedad producto de medidas prohibitivas para desarrollar una actividad, cuando estas se adoptan en beneficio de la comunidad, pues nadie puede ser privado de lo suyo.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este es el caso emblemático, en mi opinión, de cómo la Corte Suprema bajo los criterios de la CPR de 1833, en la parte final del S. XIX, interpretó las reglas de responsabilidad del Estado en función de la protección de la propiedad.

Esta sentencia responde a la etapa de la jurisprudencia chilena, en donde resolvió casos de responsabilidad bajo criterios de derecho público, estándar que cambiara bajo la vigencia de la CPR de 1925, en donde deberá recurrir a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, y que nuevamente se rescatara con la CPR de 1980.

Forman parte de esta etapa de la jurisprudencia también los casos "Ábalos con Fisco" (confirmado por la Corte Suprema el 10.12.1889), "Morán con Fisco" (Corte de Apelaciones de Santiago de 1906) y "Sociedad Fuchs y Plath con Fisco" (Corte de Apelaciones de Santiago de 1908).

En Ábalos con Fisco, el Sr. Benjamín Ábalos demandó al Fisco a consecuencia de que la Intendencia de Aconcagua dictó unos decretos a fines de enero y principios de febrero de 1887, en virtud de los cuales se ordenó a la fuerza militar y algunos funcionarios administrativos que procedieran a la destrucción de los sandiales que el Sr. Ábalos tenía, por efecto de una epidemia de cólera que se había desatado el año anterior. Los decretos mencionados, además, prohibían la comercialización de la fruta en las zonas declaradas por la epidemia. El Tribunal de San Felipe sostuvo que consta que las decisiones del señor Intendente se realizaron "como una medida absolutamente necesaria para atenuar los efectos de una epidemia terrible que amenazaba la vida de todos los habitantes del departamento". "Que, si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de los habitantes de la República".

En Morán con Fisco, se demandó de indemnización de perjuicios en contra del Fisco por daños y pérdidas causados en el mobiliario de una casa habitación en la ciudad de Quillota, ocupada por jefes y oficiales del regimiento Piragua durante la revolución de 1891. Esta sentencia negó la indemnización pues "para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzosa de una propiedad particular, es

necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación". Concluye que los actos personales no comprometen la responsabilidad del Estado, aun suponiendo legalmente que sea ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales solo pueden ser responsables las personas que lo ejecutaron".

En Sociedad Fuchs, la autoridad administrativa ordenó el arrojamiento al mar de bebidas que estaban en un barco de propiedad de los demandantes, para impedir apropiación por los huelguistas y, de esa manera, terminar la ocupación. Sostiene dicha sentencia que "el Gobierno debe indemnizar los perjuicios causados a un particular durante una huelga por el proceder de las fuerzas de orden que, obedeciendo una orden superior, arroja al mar bebidas para impedir que caigan en poder de los huelguistas. El deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presenta ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares. En consecuencia, no probándose que el arrojar al agua la mercadería fuese medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos siguientes, debe el Fisco indemnizar el daño causado".

5.2. Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: s/i

Fecha: 07.08.1984

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Octavio Ramírez Miranda, Osvaldo Erbetta Vaccaro y Enrique Urrutia Manzano.

Ministros minoría: Enrique Correa Labra y Estanislao Zuniga Collao.

Ministro redactor: Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Partes: Comunidad Galletué con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad Objetiva - Igualdad ante las Cargas Públicas - Expropiación - Convención de Washington - Equidad.

PRINCIPIO JURÍDICO

El Estado debe indemnizar cuando impone un gravamen de contenido singular, sobre la base de una medida de beneficio colectivo.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 19 Nº 24, y 38 CPR; Convención de Washington; Art. 1437 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Debe indemnizar el Estado al dueño de un predio de bosques, cuyas especies el Estado desea proteger imponiendo medidas lícitas y legítimas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Estado de Chile, mediante el D.S. Nº 29/1976, declaró a la Araucaria Monumento Natural, de conformidad a las normas establecidas en la Convención de Washington para la protección de las bellezas escénicas, aprobada en Chile el año 1967. Sobre la base de ese Decreto, se prohibió el corte, destrucción y explotación de la Araucaria, pues esta especie se encontraba en vías de extinción.

La Comunidad Galletué era dueña de un predio en Lonquimay, enclavado en la Cordillera, cuya única explotación factible era la explotación forestal y, dentro de ella, casi en forma exclusiva, la Araucaria.

La Comunidad disponía de 1.800 hectáreas de araucaria, susceptibles de producir 4.706.000 pulgadas de madera por el lapso de 30 años, lo que había implicado que se habían realizado inversiones costosas en infraestructura (caminos, aserradores, organización) con la finalidad de explotar el bosque.

Cuando se dictó el Decreto, en abril de 1976, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques, en circunstancia de que

habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva, desarrollando el plan de manejo prefijado.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento, en este caso, a la equidad y la justicia, atendidos los hechos descritos.

La prohibición del Decreto Supremo 29/1976, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia.

La razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; Así, el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19, Nº 7, letra i), de la Carta, dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41, en su Nº 8, prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de

propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1º, 5º y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y, si estas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado.

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar los perjuicios en la propiedad de un particular como consecuencia de la adopción de medidas lícitas y legítimas, cuando estas imponen un gravamen de contenido singular que implica la prohibición de desarrollar una actividad que, hasta el momento previo a la decisión, era lícita.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una de las sentencias más citadas en el Derecho Público Chileno, especialmente por la naturaleza de la medida y el razonamiento de la Corte. En ella se decidía el límite a partir de cual el Estado debía indemnizar las restricciones a la propiedad. Se debe recordar que este criterio había sido esbozado por la Corte en el caso Lapostol el año 1908 (incorporada en este texto).

Este criterio se invocará con mucha habitualidad por la doctrina bajo la CPR de 1980 y la Corte lo replicará en algunos pocos fallos, como Quintana con SAG (incorporada en este texto), sin embargo, la Corte, en algunos casos, tendrá decisiones completamente distintas con posterioridad a este criterio (García Sabugal con Ministerio de Agricultura, 1991), aunque por vía de protección.

Es más, es posible sostener hoy que tras la sentencia de Inmobiliaria Maullín del año 2010 (incorporada en este texto) la tesis Galletué ha sido relativizada completamente, pues la Corte hizo efectiva la advertencia del caso Lolco, en donde indicó que estos gravámenes no debían ser indemnizados, ya que la Constitución no dispone norma expresa al respecto.

Esta cuestión ha sido más evidente tras las decisiones del año 2012, en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013, con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitada. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmobiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito solo procede si la acción la consagra expresamente.

5.3. Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 2213-2000

Fecha: 23.01.2001

Resultado recurso: Acogido

Ministros mayoría: Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac Soto, Manuel Daniel Argandoña, Franklin Geldres Aguilar.

Ministro redactor: Manuel Daniel Argandoña.

Partes: Elia Quintana y otros con Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad Objetiva - Igualdad ante las Cargas Públicas - Actos Lícitos.

PRINCIPIO JURÍDICO

El Estado debe indemnizar sus actos lícitos cuando impongan una lesión.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 19 Nº 20, y 38 CPR; Art. 44 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 7º letra j) Ley Nº 18.755 Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Se encuentra el Estado obligado a pagar una indemnización de perjuicios cuando no hay norma expresa que permita dicha Reparación?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Los demandantes son propietarios de un predio que es utilizado para pastoreo y que recibe en cada temporada alrededor de 1.659 animales. Con la finalidad de combatir enfermedades de animales, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) decidió prohibir el pastoreo en las temporadas estivales 1987-1988, 1988-1989, 1989-1990, 1990-1991, 1991-1992, de modo que su propietario no pudo explotar su predio.

De conformidad a la Ley N° 18.755, los afectados recibieron indemnización, pero decidieron demandar al SAG por los montos y periodos no cubiertos por tal indemnización, es decir, los anteriores a la dictación de la precitada ley.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Constituye un hecho de la causa que durante las temporadas anteriores al 7 de enero de 1989, fecha de la publicación de la Ley N° 18.755, también se prohibió a la parte demandante hacer uso de su predio en razón de estimar el Servicio demandado que con tal medida se combatía de mejor modo una epidemia animal. Asimismo, se encuentra determinado que tal prohibición generó a la actora un perjuicio derivado de la imposibilidad de usar del inmueble para su fin comercial único. Sin embargo, la sentencia de segundo grado, impugnada, estableció que la obligación de indemnizar los perjuicios causados solo existía a contar de la fecha referida, pues ese día se publicó la Ley N° 18.755, cuyo artículo 7°, letra j), autorizó el pago de los mismos, y lo estimó improcedente por periodos anteriores dada la ausencia de norma que lo permitiera.

Tal criterio omite considerar que el inciso 2 del artículo 38 de la CPR, al establecer 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, (...)" obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una "lesión patrimonial", lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una

persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aun sin ser ilegal aquel acto.

Si bien, el artículo 44 (hoy artículo 42) de la LOCBGAE dispone que los órganos de esta administración —los comprendidos en el Título II, entre los cuales está el demandado— "serán responsables del daño que causen por falta de servicio" y debe por eso entenderse que siempre lo serán si esta falta existe, ello no excluye la posibilidad de que si han causado una "lesión patrimonial" grave, especial, desigual o discriminatoria originen la Reparación correspondiente, por no estar la víctima en el deber de soportar ese detrimento, ya que el artículo 19 N° 20, de la CPR asegura "la igual repartición de las cargas públicas".

Debe tenerse presente también el principio general contenido en el artículo 4° de la LOCBGAE, que hace responsable al Estado por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que los hubiesen causado.

En consecuencia, el fundamento de indemnizar por las temporadas anteriores a la dictación de una norma específica para ello, que resulta de un hecho dañoso de un órgano de la administración del Estado, radica en las normas constitucionales y legales citadas, las cuales han sido entonces dejadas indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la CPR.

Lo anterior provoca que, en definitiva, la única razón para privar a la recurrente de toda indemnización por las épocas previas al 9 de enero de 1989, cual es la ausencia de una norma anterior a esa fecha que obligue al órgano del Estado demandado a su pago, sea un motivo improcedente en derecho, por lo cual debió haberse dado lugar a lo pedido por tal concepto, evidenciándose con ello que la sentencia impugnada adolece de un error de derecho que influye substancialmente en su parte resolutive y que, asimismo, ocasiona a la recurrente un perjuicio solo reparable con su invalidación, pues reduce sin motivo el monto de la indemnización que procede pagar, debiendo, en consecuencia, acogerse el recurso de Casación en el fondo intentado, sin que sea entonces necesario entrar a analizar los demás capítulos de nulidad que al efecto se invocaron.

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar a las personas que sufran una lesión constitutiva de infracción a la igualdad ante las cargas públicas, aunque no exista norma legal expresa que autorice la indemnización.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia sigue la línea de los casos Lapostol y Galletué (incorporada en este texto), en el sentido de que si la administración adopta una medida legítima que impone un agravio de contenido singular, aunque no exista norma legal expresa que otorgue la indemnización, el Estado debe ser responsable.

Sin embargo, este criterio ha sido recientemente cuestionado en el caso de Inmobiliaria Maullín del año 2010 (incorporada en este texto), en donde la Corte afirma que sin norma legal que autorice la indemnización en este tipo de casos, no es posible la indemnización.

Esta cuestión ha sido más evidente tras las decisiones del año 2012, en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013, con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitada. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmobiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito solo procede si la acción la consagra expresamente.

5.4. Por vulneración al derecho de propiedad de los administrados

Órgano Competente: Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)

Rol: 944

Fecha: 13.05.2008

Resultado recurso: Acogido parcialmente.

Ministros mayoría: Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Pena Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Ministro redactor: Jorge Correa Sutil.

Requerentes: Eduardo Barrera Barrera.

DESCRIPTORES

Derecho de Propiedad - Cuentas de Ahorro - Garantía Estatal - Obligación Meramente Potestativa del Deudor - Obligación de Hacer - Indemnización de Perjuicios - Expropiación.

PRINCIPIO JURÍDICO

El legislador, al realizar cambios regulatorios, no puede privar del derecho de propiedad a los administrados.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 24 CPR.

CAUSA EN QUE INCIDE

Casación en Juicio de Hacienda del que conoce la Corte Suprema, causa Rol N° 4877-2007, caratulada "Barrera Barrera, José, con Fisco de Chile".

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículo 5° de la Ley N° 18.900, que Pone Término a la Existencia de la Caja Central de Ahorros y Préstamos y a la Autorización de Existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicho artículo dispone que, a contar de la fecha de publicación de un determinado decreto supremo, serán de cargo fiscal las obligaciones de la Caja y de la Asociación que no alcancen a quedar cubiertas por el producido de las liquidaciones, debiendo consultarse los fondos necesarios en el presupuesto de la Nación.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede el legislador condicionar la responsabilidad fiscal para responder por créditos de personas cuyos deudores originales desaparecieron por decisión del mismo legislador, considerando además que el cumplimiento de dicha condición depende de la mera voluntad de la administración?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Requirente era titular de una cuenta de ahorro en la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos. Esta Asociación agrupaba distintas asociaciones privadas y era supervigilada por la Caja Central de Ahorros y Préstamos, quien a la vez era aseguradora, hasta un cierto límite, de los fondos depositados en la Asociación. En 1985 se dictó una ley que eliminó el rol de aseguradora de la Caja.

Mediante la Ley N° 18.900 se puso término a la Caja y a la Asociación y se dispuso que la primera asumiría por tres meses los derechos, obligaciones y patrimonio de la Asociación para efecto de su liquidación. El artículo impugnado dispuso, además, que aquellos depósitos que no se lograran restituir con el producto de la liquidación serían asumidos por el Fisco, debiendo dictarse previamente un decreto supremo que aprobara la cuenta de la liquidación. Dicho decreto supremo no se dictó.

Con posterioridad, por medio de la Ley N° 19.229 se dispuso que los bienes y créditos no enajenados o liquidados por la Caja pasaran al Fisco.

El requirente interpuso demanda en Juicio de Hacienda en contra del Fisco para obtener la restitución de sus depósitos. Esta demanda fue rechazada y la sentencia apelada ante la Corte de Apelaciones de Concepción. Finalmente, se recurrió de casación ante la Corte Suprema.

ALEGACIONES

El artículo impugnado, en cuanto condiciona la obligación del Fisco de restituir dinero depositado en entidades de ahorro, condición que depende de la sola voluntad del Ejecutivo, y que este no ha cumplido, vulnera el derecho de propiedad del requirente.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

Resulta necesario dilucidar en virtud de qué hecho jurídico la requirente y demandante en la gestión pendiente se ha visto privada de su derecho de propiedad sobre los dineros que depositó en una Asociación de Ahorro y Préstamo. Si, como sostiene la requirente, esa privación se produjo en virtud de la norma legal impugnada, entonces tendrá sentido examinar si ese precepto legal, en cuanto priva a una persona de su propiedad, se aviene o contradice el estatuto constitucional del dominio. Si, en cambio, como

sostiene el Fisco, lo que afectó el derecho del ahorrante fue el colapso de un sistema de ahorro entre privados y el artículo 5° en cuestión no quita derecho alguno al depositante, sino que le concede un nuevo derecho, a cobrarle al Fisco, solo que en forma subsidiaria y condicionada, entonces no podría estimarse que sea el precepto legal impugnado el que prive al requirente de su propiedad y la acción debería ser rechazada, pues un precepto que concede un nuevo derecho, aunque esté sujeto a condición, no priva a quien se lo concede de propiedad, ni puede afectar su estatuto constitucional (considerando 4).

Por distintas decisiones legislativas, se puso término a la autorización de existencia de la entidad (privada) que debía responder como deudor al requirente por sus depósitos y se traspasaron sus derechos, obligaciones y patrimonio a una entidad pública que, entonces y a partir de esa fecha, pasó a ser la deudora del requirente. Por el ministerio de la ley entonces —aunque no del precepto impugnado— el requirente se vio obligado a soportar un cambio en el deudor de su crédito, de una entidad privada a una pública, misma a la que se le dio una existencia legal de tres meses para el solo efecto de realizar la liquidación de la entidad privada referida. Como contrapartida, a los ahorrantes se les garantizó que el Fisco se haría subsidiariamente responsable de pagar las deudas de la entidad liquidada, aunque el artículo 5° de la misma ley —este sí impugnado— condicionó tal responsabilidad fiscal a la aprobación de una cuenta de liquidación por el Presidente de la República, misma que hasta la fecha no se ha verificado. Posteriormente, el Fisco se hizo dueño de los bienes y créditos de la entidad liquidadora y de la liquidada, pero la responsabilidad por sus deudas siguió sujeta a la condición (considerando 9).

No es posible convencerse de la tesis del Fisco en el sentido de que el artículo 5° de la Ley N° 18.900, en cuanto condiciona la obligación fiscal de responder de las obligaciones de la Caja, incluyendo aquellas que adquirió como liquidadora de la Asociación, a la dictación de un decreto supremo aprobatorio de una cuenta, en caso de aplicarse en el juicio que mantienen las partes, no priva al depositante de ningún derecho, sino que le concede un nuevo derecho subsidiario y condicionado. El Fisco no ha estado ajeno a un contrato de captación de dinero en cuentas de ahorro entre privados que resuelve conceder graciosamente un derecho inexistente a los ahorrantes con carácter condicional. Por el contrario, la historia legislativa de la relación del Estado con los dineros depositados en una Asociación de

Ahorro y Préstamo, muestra que el Estado, después de retirar la garantía estatal que había conferido, decidió traspasar el patrimonio de la entidad deudora privada a un ente público; en el mismo acto limitó la vigencia de ese ente público a tres meses e hizo al Fisco responsable de las deudas que quedaren impagas, pero condicionó esa obligación a un acto voluntario del Presidente de la República, que no se ha verificado en prácticamente 15 años (considerando 10).

La Ley N° 18.900 puso jurídicamente término a la Asociación, entidad a quien, hasta esa fecha, el titular de la cuenta o ahorrante podía reclamar el retiro total o parcial del dinero depositado. Sin embargo, el depositante no perdió su derecho a cobrar. La ley transfirió el carácter de deudor de esa obligación de restituir desde la Asociación a la Caja, pero solo por el plazo de tres meses. Después de esos tres meses, en virtud de la ley, el ahorrante ya no tuvo a quien cobrarle la devolución de sus dineros depositados. La Ley N° 18.900, en su artículo 5°, dispuso que el Fisco asumiera esa obligación, pero sujeto a una condición meramente potestativa del deudor, como lo fue la dictación de un decreto supremo, que aún no cumple. Luego de eso, el Fisco se hizo dueño de los activos de la Caja, pero no de sus obligaciones, las que continúan sujetas a la condición incumplida. En consecuencia, fue la ley la que hizo desaparecer al sujeto obligado a restituir lo depositado, sustituyéndolo por el Fisco, pero condicionando la existencia de la obligación de restituir del nuevo obligado a una condición suspensiva meramente potestativa del deudor, que no se ha cumplido. No es exacto, en consecuencia, argumentar que el depositante se vio privado por ley de su dinero, como alega la requirente, pues de lo que se le privó fue del sujeto deudor, a quien el legislador, por su decisión, hizo desaparecer, de un modo complejo, pero definitivo (considerando 12).

Que debe concluirse que el requirente, en su calidad de depositante del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, se vio privado de poder reclamar la devolución de su dinero depositado, por disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo la ley que el Fisco sucediera en los bienes al ente extinguido y asumiera sus deudas, pero, esto último, sujeto a condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir. De ese modo, el depositante se ha visto privado por la ley y por la inacción del Ejecutivo de sujeto y de patrimonio en los que hacer efectivo su derecho a reclamar el retiro de su dinero, lo que, en los hechos, implica privarlo del mismo. Privar por ley a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro de sujeto a

quien reclamarle su devolución, equivale a privarlo del dinero depositado, pues le resultará imposible recuperar lo que le pertenece (considerando 14).

El Fisco alegó en estrados que el requirente no se había visto privado de su propiedad, pues mantenía su derecho, solo que este había mutado, pues, como había sostenido la Corte Suprema en un fallo de un caso análogo, esta no era una situación en que se configurara una imposibilidad absoluta para que el dueño de un crédito pueda proceder a su cobro, toda vez que este siempre podrá obtener, accionando por la vía adecuada, la remoción de los inconvenientes que existan en el supuesto de ser ellos ilegales o abusivos. Invitado el abogado del Fisco a identificar esas vías de cobro que se mantendrían vigentes, aclaró que el depositante podría reclamar del Fisco la obligación de hacer, consistente en la dictación del decreto supremo, y, en caso de que el Presidente de la República no cumpliera, demandar la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento le provocara. El Tribunal desestima que esa sea una vía que pueda considerarse equivalente a la propiedad de la que el requirente se ha visto privado. La demora de la vía sugerida, los costos e imponderables que significa el inicio de esas acciones legales y el cambio de naturaleza de la obligación, que era de pago y pretende transformarse en una de indemnización de perjuicios no resulta aceptable a la luz del estatuto constitucional de la propiedad. Este no impide que alguien sea privado de su propiedad, pero a condición de que la ley que lo autorice lo haga por causales determinadas y previo pago del total de la indemnización al contado. Aceptar la tesis del Fisco equivaldría a permitir actos expropiatorios a condición de que el afectado conservare el derecho a reclamar indemnización de perjuicios en un juicio posterior y de lato conocimiento, lo que la Constitución no permite (considerando 15).

Habiéndose determinado que la aplicación del artículo 5° de la Ley N° 18.900 producirá, en caso de aplicarse en el juicio pendiente, un efecto contrario a la Constitución, por privar al requirente de su derecho de propiedad de un modo no autorizado por el artículo 19, número 24 de la CPR, debe ahora precisarse que lo que produciría tal efecto no es todo el contenido normativo del artículo en cuestión, sino solo aquella parte del mismo que condiciona la obligación fiscal de cumplir con las obligaciones subsistentes de la Caja y de la Asociación. En efecto, y como ha quedado demostrado en los razonamientos anteriores, no podría estimarse contrario a la Constitución, sino acorde a ella y a elementales nociones de justicia, que el Fisco asuma para sí las deudas de una entidad de cuyos bienes se apropia y que, por decisión legislativa, extingue para sus acreedores. Lo

que resulta contrario a la CPR es que el Fisco condicione el pago de obligaciones de un deudor que la ley misma ha extinguido y de cuyos bienes aquel se ha adueñado, a un acto propio y voluntario que luego decide no cumplir por ya más de 18 años (considerando 17).

CONCLUSIÓN

El legislador vulnera el derecho de propiedad al condicionar el pago de obligaciones de un deudor que la misma ley ha extinguido, a un acto propio y voluntario de la administración, como es la dictación de un Decreto Supremo.

IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA

Esta sentencia revela la importancia de los efectos que pueden tener los cambios regulatorios en la responsabilidad del Estado. La tesis del TC es que la supresión de una Caja de Ahorro en donde se encontraban los depósitos del afectado, dependiendo el pago de dichos depósitos del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, implica la afectación del derecho de propiedad.

Lo interesante de este caso, es que, pese a que el TC estableció dicho estándar, los Tribunales y, en especial, la Corte Suprema, deciden rechazar la demanda, que revela los problemas que tiene la inaplicabilidad en relación con los casos concretos en los que se aplica. Aunque muchos pensarán después de leer la sentencia del TC que el Estado debía pagar al afectado, la sentencia de la Corte la desecha (sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4.877-2007).

5.5. Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 552-2008

Fecha: 05.10.2010

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Roberto Jacob Chocair.

Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.

Partes: Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad Objetiva - Responsabilidad por Acto Lícito - Igualdad ante las Cargas Públicas - Derecho de Propiedad - Principios Generales del Derecho - Equidad.

PRINCIPIO JURÍDICO

Los daños ocasionados por actos lícitos no dan derecho a indemnización vía responsabilidad del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6°, 7°, 19 N° 7, 20 y 24 y 38 CPR; Arts. 764, 765, 767, 768 y 808 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Constituye la declaración de monumento nacional de un bien un daño por el cual el Estado deba responder objetivamente por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Con fecha 28 de agosto de 1981, el Ministerio de Educación dictó el D.S. N° 5.746/1981, que declaró monumento histórico el edificio Palacio Pereira.

Con fecha 10 de junio de 1994, Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcabue S.A.

Desde el año 1981 hasta la fecha, no existe constancia alguna de que los dueños del Palacio Pereira –Inmobiliaria Dalcabue y su actual propietaria, Inmobiliaria Maullín Ltda.– hayan invertido dinero alguno en la

mantención o reparación del inmueble. Por lo anterior, el Palacio Pereira se encuentra en estado ruinoso.

La recurrente interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra la recurrida. El Séptimo Juzgado Civil de Santiago rechazó la demanda, lo cual fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Inmobiliaria Maullín Ltda. dedujo recursos de Casación en la forma y en el fondo.

ALEGACIONES

La declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira corresponde a una carga patrimonial para su dueño que constituye una discriminación arbitraria. El inmueble es irreversiblemente ruinoso, permaneciendo en el tiempo como propiedad monumental; en circunstancias que han desaparecido los presupuestos que se consideraron al efectuar dicha declaración. De este modo, se produce una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. Dicho mandato de optimización permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación del Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte.

Las limitaciones u obligaciones impuestas a un propietario monumental, establecidas en los artículos 11 y 12 Ley N° 17.288 vulneran el artículo 19 N° 24 CPR, en tanto privan al dueño del inmueble de los atributos que le son propios. Esto lo ha reconocido la Corte Suprema en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que recayó en estos autos. Por consiguiente, si los artículos referidos son inaplicables al caso, las obligaciones y limitaciones a que se ha encontrado afecta la propiedad por más de veinticinco años son inconstitucionales, ilegales y arbitrarias, todo lo cual da derecho al pago de una indemnización.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

La cuestión que plantea el recurso de nulidad sustancial es una supuesta responsabilidad del Estado por actos lícitos, fundada en la producción de un daño estatal de naturaleza constitucional, sustraída de las reglas de responsabilidad extracontractual del derecho común. En esos términos corresponden a una responsabilidad especial de la estatal y de naturaleza objetiva. Según la tesis de quienes proponen esta responsabilidad, su fundamento se hallaría en el respeto integral a las garantías individuales, en especial: (i) El derecho de propiedad sobre todo tipo de cosas incorporales (una privación o limitación a facultades esenciales solo es posible mediante ley

expropiatoria); y (ii) La igual repartición de las cargas públicas. Esto es, la carga que no es igualitaria no se estaría obligado a soportarla y cualquiera discriminación sería arbitraria (considerando 31).

La doctrina sostiene que la responsabilidad objetiva es aquella cuyo único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado se halla en la obligación de indemnizar los perjuicios que se acrediten como atribuibles al hecho causal. Lo que se busca mediante este régimen es mejorar la situación de las víctimas, dispensándolas de probar la existencia de una culpa en el origen del daño (considerando 32).

Existe consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente. Esto es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general (considerando 33).

En este contexto, es preciso analizar si es efectivo que la normativa constitucional consagra un régimen de responsabilidad objetiva tratándose del resarcimiento de daños derivados de supuestas infracciones constitucionales (considerando 35).

De acuerdo con el escrito en que se contiene el recurso, dicha responsabilidad se funda en lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la CPR. Sin embargo, dichos preceptos disponen que la infracción en que los órganos del Estado incurran en el ejercicio de sus funciones generará u originará "las responsabilidades y sanciones que la ley señale" o "que determine la ley". Es decir, la CPR se limita a consagrar el principio de responsabilidad del Estado, pero esta responsabilidad es la que señala o determina la ley (considerando 36).

No hay norma sustantiva en la CPR sobre la obligación indemnizatoria. Esta afirmación es coherente con lo fallado por la Corte Suprema con fecha 30 de diciembre de 2004. En la sentencia del caso "Sociedad Agrícola Lolco con Fisco", Rol N° 381-2004, se expresa que "se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa" (considerando 37).

Por otra parte, el recurso invoca como disposiciones infringidas los numerales 20 y 24 del artículo 19 CPR. Sin embargo, dichas garantías se

refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Además, cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación con alguno de los numerales del artículo 19, lo señaló expresamente, como en el caso de los numerales 7 letra i) y el mismo 24 (considerando 38).

En lo tocante a la referencia al artículo 38 inciso 2 de la CPR, dicha norma tiene por única finalidad atribuir competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los reclamos o demandas de las personas lesionadas en sus derechos por la administración del Estado. Esto se fundamenta en su actual texto a partir de la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo (considerando 39).

Por consiguiente, no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los numerales 20 y 24 del artículo 19 CPR (considerando 40).

Tampoco es posible que pueda prosperar el recurso en cuanto se denuncia la infracción de los principios generales del derecho. Como ha sostenido reiteradamente esta Corte, tales principios no son susceptibles de denunciarse por la vía de Casación en el fondo, por cuanto lo que corresponde analizar en este recurso son infracciones concretas y determinadas de ley (considerando 43).

Finalmente, respecto del quebrantamiento a las normas de equidad, en la especie ello tampoco puede servir de sustento al recurso en examen, desde que el sentenciador de primer grado ponderó bajo determinados presupuestos fácticos su negativa a aplicarla. Lo indicado implicaría que para que este tribunal de Casación pudiera considerar como un error de derecho la falta de aplicación de las normas de equidad, necesariamente debería variar los hechos en que se apoya la conclusión del juez de la causa, cuestión que, según se dijo, le está vedada (considerando 45).

CONCLUSIÓN

La declaración de monumento nacional de un bien no constituye un daño por el cual el Estado deba responder toda vez que no hay normativa constitucional que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción al derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es de vital importancia. Con ella el precedente Galletué (incorporado en este texto) ha sido desechado por la actual Corte Suprema. Mientras en dicha sentencia, la Corte sostuvo que una persona que sufre un gravamen de contenido singular en su propiedad, por un acto lícito de beneficio colectivo, debía ser indemnizada porque se afectaba la igualdad ante las cargas públicas; la actual Corte en este caso, sostuvo que no existe en la Constitución norma alguna que obligue a indemnizar al Estado en hipótesis como esta, de manera que no es posible otorgar indemnizaciones por vía de la acción de responsabilidad del Estado, cuestión que ya había advertido el año 2004 en el caso Lolco.

Esta cuestión ha sido más evidente tras las decisiones del año 2012, en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013, con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitada. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmobiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito solo procede si la acción la consagra expresamente.

VI. RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES EN CARRETERAS CONCESIONADAS

6.1. Responsabilidad de la administración por un accidente en carretera concesionada

Órgano Competente: Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en el Fondo

Rol: 4292-2012

Fecha: 05.11.2013

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, María Eugenia Sandoval Gouet y el Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Ministro redactor: Abogado Integrante, Arnaldo Gorziglia Balbi.

Partes: Jorge Vega Muñoz y otros con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado - Falta de Servicio - Carretera Concesionada - Accidente de Tránsito - Obra Pública - Concesión de Obra Pública - Norma Técnica - Ministerio de Obras Públicas.

PRINCIPIO JURÍDICO

La administración es responsable de los daños que se provoquen con motivo de accidentes en carreteras concesionadas cuando estos se produjeron por medidas impuestas exclusivamente por ella, por no fiscalización de los deberes del concesionario o por deficiencias viales derivadas de la omisión de sus deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra concesionada.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1°, 18 y 87 D.F.L. N° 850/1997

Ministerio de Obras Públicas, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas; Arts. 29 y 35 D.F.L. N° 164/1991 Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas; Arts. 38 y 40 letras c), i) y m) D.S. N° 956/1996 Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo es responsable la administración por daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El día 6 de diciembre de 2005, a la altura del kilómetro 30 de la Carretera Panamericana, en dirección norte a sur, transitaba por el Puente Maipo un vehículo, el que fue colisionado desde atrás por un camión. Dicha colisión consistió en que las ruedas posteriores del camión golpearon al vehículo señalado, debido a que justamente para evitar la colisión, el conductor del camión realizó una maniobra evasiva que llevó a este último hacia la izquierda. Luego de ello, el camión continuó su desplazamiento hacia la pista contraria (en dirección sur a norte), en rodaje libre, traspasando el eje de la calzada, que solamente estaba demarcado con una línea continua, dibujada en el piso, y no contaba con barreras que impidieran su paso. En dichas circunstancias, colisionó con un bus que se dirigía de sur a norte, el cual traspasó la baranda lateral del puente, cayendo al lecho del río a un desnivel de profundidad luego de volcarse. El conductor del camión, el conductor del bus, su auxiliar y dos pasajeros fallecieron. Los dos ocupantes del vehículo resultaron con lesiones.

Dicho puente se encuentra ubicado en un tramo que fue entregado en concesión a la "Concesionaria Autopista del Maipo". Dentro de dicha concesión de obra pública, existían obras nuevas y preexistentes, siendo el Puente Maipo una obra preexistente. Los padres del auxiliar del bus y los ocupantes del vehículo, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco. El juez de primera instancia acogió la demanda, contra lo cual el demandado interpuso recurso de apelación. La Corte de Apelaciones de San Miguel confirmó lo resuelto en primera instancia. Contra este último pronunciamiento, el Fisco dedujo recurso de Casación en el fondo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)

El artículo 1º del D.F.L. N° 850/1997 del Ministerio de Obras Públicas, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (MOP), señala que este último “es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales [...]”. A su turno, el artículo 18 inciso 1 indica: “A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias, que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas. La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión serán de cargo de los concesionarios”. El artículo 87 del mismo cuerpo legal, autoriza al Ministerio de Obras Públicas para ejecutar obras públicas mediante el sistema de concesiones. Por otra parte, el artículo 29, inciso 2, del D.F.L. N° 164/1991, del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas, indica que corresponderá al MOP “la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra”. Además, el artículo 35 de la misma ley, hace responsable al concesionario de los daños ocasionados con motivo de la ejecución de la obra o de su explotación, a menos que sean imputables a medidas impuestas por el MOP, después de haberse adjudicado el contrato. A las normas anteriores debe agregarse que el Reglamento de la Ley de Concesiones (Decreto 956/1996 del Ministerio de Obras Públicas) señala en su artículo 38 que el MOP nominará un Inspector Fiscal, quien deberá canalizar toda comunicación y relación entre el concesionario y el MOP. Agrega este reglamento, en su artículo 40, que dentro de la etapa de explotación de la obra concesionada “el Inspector Fiscal fiscalizará el contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de Licitación, con al menos las siguientes: [...] c) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras; [...] i) Proponer la aplicación de multas; [...] m) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión (considerandos 10 al 13).

Dentro del régimen jurídico de responsabilidad por daños producidos en carreteras, el Estado es responsable en las siguientes hipótesis: a) por excepción, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra

fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el Ministerio de Obras Públicas; b) por la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario, los que son establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, el Decreto de Adjudicación, las Bases de Licitación y las normas técnicas contenidas en los Manuales de Señalización y de Carreteras, y c) tratándose de una obra preexistente, respecto de la cual el concesionario solo tenía la obligación de mantenimiento, el Estado es responsable de los daños causados por deficiencias viales derivadas de la omisión de los deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública en cuestión (considerando 15).

En la especie, las Bases de Licitación del contrato de concesión imponían, respecto del Puente Maipo, solo efectuar labores de mantenimiento. Así, según el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Inspector Fiscal, durante la etapa de explotación, debía básicamente fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras, dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión y, en su caso, proponer la aplicación de multas. Esta es la obligación que principalmente da por incumplida la sentencia recurrida, y que acarrea la responsabilidad del Fisco. El Inspector Fiscal faltó a la obligación de fiscalizar la mantención de la obra, como queda de manifiesto cuando aparece que los hitos tubulares ubicados en la separación de las calzadas se encontraban quebrados o arrancados (situación que dejó de manifiesto la empresa concesionaria al recibir la obra) (considerando 15).

Dado lo anterior, no hay error de derecho por falta de aplicación del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, puesto que dicha disposición no resulta aplicable al caso, atendida la peculiar situación jurídica del lugar del accidente y en consideración a que no se atribuye la causa de los daños al incumplimiento del deber de mantenimiento del Puente Maipo —a que se encontraba obligado el concesionario—, sino que a la infracción de los deberes del MOP, relativos al diseño, mejoramiento y defensa del mismo, como a la supervigilancia de los deberes de la concesionaria, entre ellos, la obligación de mantenimiento en condiciones de servir de acuerdo al diseño y construcción original del puente (considerando 16).

La normativa que regula los deberes del MOP tiene por finalidad suprimir las causas que originen peligrosidad a los usuarios de las obras. Esto deriva del deber de seguridad que tiene el ente fiscal, que se traduce en

adoptar medidas para precaver daños a la vida y a la integridad física de las personas. Para determinar cómo se traduce este deber en reglas concretas, hay que examinar las disposiciones reglamentarias y técnicas sobre la materia, en particular, las normas contenidas en el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad (que es un documento elaborado con el objeto de establecer las políticas y uniformar los procedimientos e instrucciones en las áreas técnicas en que dicha Dirección se desenvuelve, para cumplir su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos de su tuición que componen la red vial del país, junto con velar por la seguridad vial y protección ambiental). Dicho Manual indica que: “La finalidad principal de un sistema de contención es conseguir contener y redireccionar un vehículo fuera de control, considerando que el daño producido durante el impacto resulte menor que las consecuencias esperadas sin este elemento”. (...) “Por otro lado, un sistema de contención también debe ser pensado como un medio eficiente para proteger otros usuarios de la vía como son los peatones y ciclistas, los que en diversas ocasiones requieren de un dispositivo que pueda mitigar los riesgos que involucra la interacción con los vehículos”. El Manual clasifica los sistemas de contención de vehículos en instalación de barreras, terminales de barreras, amortiguadores de impacto y pistas de emergencia. Por otra parte, define las barreras de contención como aquellos “elementos de contención cuya función principal es la de contener y redireccionar vehículos fuera de control, los que han abandonado la calzada de circulación y se desvían hacia sectores de riesgo para los diferentes usuarios de la vía y/o el medioambiente aledaño” [...] “Comprenden las barreras longitudinales laterales y centrales, además de las barreras de puentes, pasos superiores y viaductos”. Por otra parte, indica que dichas barreras se pueden clasificar, según el nivel de contención, en: liviano, medio, medio alto, alto y muy alto. También indica que, en “el caso de estructuras como puentes o pasos superiores, en que el vehículo por ningún motivo debe traspasar la baranda, se deberá decidir directamente la utilización de una barrera con un nivel de contención muy alto” (considerandos 18 y 19).

Por otra parte, en el análisis concreto del estándar de conducta exigible al MOP, debe tenerse en consideración el nivel de riesgo de accidentes viales en la circulación de los vehículos por el puente en cuestión, en las condiciones existentes a la época de ocurrencia de los hechos, concluyéndose que este era alto, por cuanto la obra está inserta en una carretera de alta velocidad, con un gran y permanente flujo de vehículos, sobre todo

buses y camiones. Además, es razonablemente previsible que en este tipo de carreteras se produzcan accidentes por encontrarse un vehículo fuera de control, siendo indudable que la existencia de barreras medianeras como de barreras laterales de contención resultaba necesaria para la prevención de accidentes viales en un puente inserto en una carretera de alta velocidad. Sin embargo, en el presente caso, el MOP no contempló ningún sistema de contención vial en el centro de la vía, la barrera lateral cedió ante la falta del retardador de velocidad y contención, por la fuerza del impacto, derivada de la velocidad de uno de los vehículos involucrados (considerando 20). En este contexto, pesaba sobre la administración el deber de seguridad en el diseño, mejoramiento, mantenimiento y defensa de la ruta concesionada, traducido en la implementación de barreras de contención considerado el alto riesgo de accidentes atendidos los factores señalados más arriba, obligación que nace de los artículos 1º y 18 de la Ley Orgánica del MOP, en correspondencia con las pautas normativas y técnicas del Manual de Carreteras. Reafirma esta conclusión y demuestra el funcionamiento tardío del servicio la circunstancia de que, en el año 2008 (es decir, más de dos años después del accidente), el Fisco encargó a la sociedad concesionaria ejecutar las obras que consideran la instalación provisoria de un sistema de defensas camineras mediante cables postensados en la mediana del puente, con el fin de dotar al sector de un nivel de segregación entre los flujos de distinto sentido que disminuya el riesgo de accidentes. Dado lo anterior, resulta claro el funcionamiento tardío del servicio (considerando 22).

Por otra parte, el daño es causalmente imputable al órgano administrativo demandado, cuyo fundamento radica en que el accidente de tránsito tuvo por causa la falla en la adopción de medidas de seguridad proporcionadas al riesgo. En efecto, esa omisión es una causa jurídicamente idónea y necesaria para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de las mismas habría evitado la producción del resultado dañoso; sin perjuicio de que sea una causa concurrente y conjunta del daño la imprudencia del conductor en la conducción del camión (considerando 23).

CONCLUSIÓN

La administración es responsable por los daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas, cuando se cumple alguna o algunas de las siguientes hipótesis: a) Excepcionalmente, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada

se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el MOP; b) cuando se provoca daño debido a la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario, los que son establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, el Decreto de Adjudicación, las Bases de Licitación y las normas técnicas contenidas en los Manuales de Señalización y de Carreteras, y c) cuando, tratándose de una obra preexistente, respecto de la cual el concesionario solo tenía la obligación de mantenimiento, se producen daños por deficiencias viales derivadas de la omisión de los deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública en cuestión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante porque explica de una manera extremadamente pedagógica las hipótesis bajo las cuales la administración responde por los daños provocados en una carretera concesionada, considerando las hipótesis adicionales a las reguladas en la Ley de Concesiones, distinguiendo razonablemente las obligaciones públicas que derivan de las obras previas construidas y mantenidas por el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, R. (1993): *Las obligaciones*, T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ABRAHAM, K. (2002): *The forms and functions of Tort Law*. New York: Foundation Press.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar ConoSur Ltda.
- ALTAMIRA GIGENA, J. (1973): *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea.
- ÁVALOS, M. G. (2000): *Manual de Derecho Administrativo* (dir. Ismael Farrando y Patricia Martínez). Buenos Aires: Depalma.
- AYLWIN AZÓCAR, P. y AZÓCAR BRUNNER, E. (1996): *Derecho Administrativo*. Santiago: Universidad Andrés Bello.
- AYLWIN AZÓCAR, P. (1959): *Apuntes de Derecho Administrativo*, T. II. Santiago: Editorial Universitaria.
- (1952): *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARCELONA LLOP, J. (1984): "Recensión al libro 'Jueces y responsabilidad del Estado (El artículo 121 de la Constitución)' de Luis Martín Rebollo". En *REDA* N° 43.
- BARROS BOURIE, E. (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.