OFICIO N° 11-2022

INFORME PROYECTO DE LEY N° 33-2021

ANTECEDENTE: BOLETÍN N° 14.754-06.

Santiago, diecisiete de enero de dos mil veintidós.

Por Oficio N° 605/SEC/21, de 15 de diciembre de 2021, la Presidenta del Senado, señora Ximena Rincón González, puso en conocimiento de la Excma. Corte Suprema, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el proyecto de ley que *"Modifica la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado con el objeto de interpretar normas sobre Responsabilidad del Estado por falta de servicio",* (Boletín N° 14.754-06).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 10 de enero de 2022, presidida por Presidente (S) señor Sergio Muñoz G. y con la asistencia de los Ministros señor Silva G., señoras Chevesich, Muñoz S. y Repetto, señores Llanos y Matus, y suplentes señores Biel, Muñoz P., Gómez, Mera, Vázquez y Contreras, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

A LA PRESIDENTA
DEL SENADO,
SEÑORA XIMENA RINCÓN GONZÁLEZ.
VALPARAÍSO

Santiago, diecisiete de enero de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° 605/SEC/21, de 15 de diciembre de 2021, suscrito por la Presidenta del Senado, señora Ximena Rincón González, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ha recabado la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que "Modifica la Ley de Bases Generales de

FGLHXTVLTX

la Administración del Estado, con el objeto de interpretar normas sobre Responsabilidad del Estado por falta de servicio".

Segundo: Que el mencionado proyecto de ley se sustenta en los siguientes fundamentos:

a.- **La responsabilidad administrativa por lesión de derechos de los administrados como pilar del Estado de Derecho**, entendida como uno de los aspectos más importantes para el control de las decisiones y actuaciones de los agentes del Estado, permitiendo así reparar y evitar la lesión de los derechos de los particulares, sosteniendo y garantizando la existencia de un verdadero Estado de Derecho;

b.- **Las bases del sistema de responsabilidad pública**, primeramente, con una evolución histórica fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación, especialmente a partir de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República; y 4° y 42 de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y

c.- **Falta de reglamentación particular y suficiente**, en orden a que las normas que actualmente regulan la responsabilidad de la Administración del Estado son escasas y excesivamente genéricas, puesto que no establecen con precisión cuáles son, en definitiva, los presupuestos cuya ocurrencia hace procedente dicha responsabilidad.

El proyecto propone incorporar al D.F.L. N° 1 del año 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LOC BGAE), los artículos 14, 14 bis, 14 ter y 14 quáter. La primera de las normas versa sobre aspectos generales de la responsabilidad del estado por falta de servicio, definiendo en qué consiste, a qué órganos les resulta aplicable y las normas que la rigen. El artículo 14 bis regula la actuación ilegítima de la Administración, además de disponer una presunción en caso de graves violaciones a los derechos humanos de las personas. El artículo 14 ter dispone los estándares de diligencia exigibles a la Administración del Estado. Finalmente, el artículo 14 quáter determina los daños respecto de los cuales debe responder la Administración del Estado.

Tercero: Que en el sistema de la responsabilidad del Estado el cambio fundamental de toda la evolución se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla que el rey no puede cometer ilícitos *("The king can do no wrong"*), hasta llegar al principio de responsabilidad de todas las autoridades del estado, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático.

FGLHXTVLTX

El desarrollo de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad y permite luego sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo. El contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, está ligado principalmente a la lesión de intereses o derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria.

La evolución ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislador y al Estado-Juez.

El contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855), España (1869), Alemania (1979) e Italia. Lo determinante en la materia es que el cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

La variante jurisprudencial se iniciará en Francia mediante sentencia del Consejo de Estado, pronunciada en el **caso Rothschild, el 6 de diciembre de 1855**, en que se conjuga la temprana concepción de los principios y la claridad de sus argumentaciones para expresar que las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que utilizan sus servicios *"no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio",* como *"la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados", se agregará posteriormente".*

El principio anterior se reiterará en la sentencia del **caso Blanco, de 8 de febrero de 1873,** en que se pretende declarar civilmente responsable al Estado conforme a la legislación civil y el Consejo de Estado entrega la competencia a las autoridades administrativas "considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

FGLHXTVLTX

Si bien esta competencia especial se refiere a ciertos daños en un comienzo. A partir de la sentencia dictada en el **caso Tommaso Greco de 1905** se extiende a toda clase de daño, siempre que sean ciertos, aunque se trate de daños futuros o, incluso, morales, si éstos son avaluables en dinero; luego en el **caso Morell de 1942**, se pronuncia sobre sufrimientos físicos excepcionales, para, en el **caso Dame Durand de 1949,** extenderse a perjuicio estético.

El **caso Bondurand de 1954**, se refiere a la pérdida extrapatrimonial de un padre, madre o hijo, etc., todo ello bajo fórmulas genéricas de 'perturbaciones graves de las condiciones de existencia', con tal de que esos daños sean imputables a la Administración en cuanto producidos por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda y de que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo … y no roto por una causa extraña.

Desde el **caso Lecomte et Daramy de 1949**, se incluyen expresamente los daños provocados por las fuerzas de policía (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, páginas 365 y 366).

En nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado igualmente sobre la base de la jurisprudencia y de la legislación especial, pero con particularidades propias, en que se han aplicado preferentemente los principios del derecho privado, a diferencia de Francia y países de Europa que la radican en la construcción de principios propios derivados de la concepción de Derecho Público.

Los tribunales nacionales, en los primeros años de la República, reconocieron la responsabilidad de los agentes públicos directamente, luego desde el fallo de **Bernardino Bravo con Fisco de 1858**, sobre daños en expropiación, se reconoce la responsabilidad de la Administración, que luego se ampliará en diferentes determinaciones: Benjamín Ábalos con Fisco de 1889; Arancibia con Fisco en 1899; Morán con Fisco en 1906; "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco" de 1908 y "Lapostol con Fisco" de 1930, en que la responsabilidad se sustenta en principios de Derecho Público como es la desigual repartición de las cargas públicas, la falta personal y la falta de servicio.

Mario Granja con Fisco de 1938, constituye la mayor variación de la jurisprudencia, estableciendo la inmunidad de la Administración, que comenzará a ser revertida varios años después distinguiendo entre actos de autoridad (sin responsabilidad) y actos de gestión (con responsabilidad), entre cuyos fallos se cuenta Rettig con Fisco de 1941, Aqueveque con Fisco de 1944. Siempre sobre la base de la inmunidad de la Administración se busca ampliar su responsabilidad

FGLHXTVLTX

por excepción y construyendo nuevas teorías, así surge la responsabilidad por actos ilegales en Becker con Fisco recién en 1965.

Desde 1970 en adelante la jurisprudencia ha tenido dos vertientes, pero ahora asumiendo la responsabilidad del Estado-Administrador, por una parte inspirada en las leyes especiales y a falta de ella, por otra, se sustenta en una primera vertiente en las disposiciones del Derecho Privado o, por una segunda concepción, en el Derecho Público, circunstancia que se mantiene hasta la actualidad.

Conforme a ello será en la sentencia dictada en “Hexagón con Fisco”, de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: *“Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos”.*

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 daño en los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso 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-Legislador.

FGLHXTVLTX

Como se ha indicado la exención de responsabilidad por la Administración también se revirtió por la legislación especial y en casos particulares, así se señala que tal voluntad se inicia con la Ley de Ferrocarriles de 1884; luego la Ley de Municipalidades de 1891 (arts. 94 y 95), la regulada por el Decreto Ley 1.289 (art. 62), y Ley 18.690 (art. 142), actualmente Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2006, que fija su texto refundido; posteriormente la Ley de Tránsito 18.290 (art. 174) y Ley de Salud 19.966. La responsabilidad general deriva de la Ley 8.282 de 1945 (art. 83). De manera más amplia se dispone en la Constitución Política de 1980 y en la ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración, que no tuvo en un comienzo una variación trascendente en la decisión de los tribunales.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. En la actualidad esta normativa general arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley N° 18.575.

En efecto, la Ley 18.575 fijó las Bases Generales de la Administración del Estado, determinando que la constituyen los órganos y servicios de la administración central, descentralizada y empresas públicas creadas por ley (art. 1°, inciso segundo), a los cuales les vincula el principio de legalidad y competencia, por lo que todo abuso y exceso da lugar a las acciones y recursos correspondientes (art. 2°), agregando en el 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".

Esta última disposición es complementada con el artículo 18, en cuanto el personal de la Administración está sujeto a la responsabilidad administrativa, civil y penal que pueda afectarle, como por el artículo 42 que dispone:

"Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio."

"No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal."

La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

FGLHXTVLTX

Toda esta reglamentación regula de manera especial el régimen general de responsabilidad de la Administración del Estado. Normativa que cobra aplicación preferente conforme al principio de especialidad, previsto en el artículo 13 del Código Civil. Sin perjuicio de otras normas que regulan regímenes especiales de responsabilidad de ciertas actividades estatales, según se ha indicado.

El tema de la responsabilidad de la administración y del funcionario, no obstante, su regulación legal ha derivado en múltiples interpretaciones. Así al demandarse la responsabilidad del Estado-Administrador y además la del funcionario se hace indispensable razonar sobre la relación y coexistencia de ambas en un mismo procedimiento. La materia por dilucidar es la opción o cúmulo de acciones. Surge así la necesidad de realizar una definición en torno a la referida compatibilidad e incompatibilidad de ambas responsabilidades, en que se sostiene que las variables sobre la materia están constituidas por los hechos en que responde personal y exclusivamente el funcionario, excluyendo a la Administración; responde solamente la Administración, sin que se pueda condenar al funcionario; y responden ambos: Administración y agente público personalmente. Se habla así: a) La falta de servicio excluye la falta personal; b) La falta personal excluye la falta de servicio, y c) Concurren conjuntamente tanto la falta de servicio y como la falta personal.

Por otra parte, la falta de servicio se puede conceptualizar como la actuación ilegítima de la Administración y consistente en el incumplimiento de obligaciones de parte de un órgano del Estado. Ésta se produce con motivo de: a) la ausencia total u omisión de funcionamiento de la Administración debiendo hacerlo, mediante la correspondiente actuación; b) un mal, inadecuado, deficiente o indebido funcionamiento; c) el funcionamiento inoportuno, que se produce al desempeñar las atribuciones, actuar los órganos, ejecutar las prestaciones, cumplir las funciones o emplear las competencias de manera tardía, o d) un funcionamiento irregular de la Administración, institucionalmente considerada, esto es, contrariamente a lo que corresponde a un comportamiento común y ordinario exigible a un servicio moderno. En este caso es irrelevante la persona del funcionario y puede o no ser individualizado. Es un concepto que se utiliza como factor de imputación de responsabilidad, en que solamente se requiere de la prueba de los hechos que la constituyen, sin que sea necesario probar, además, la culpa o dolo del agente público.

La falta de servicio es un cumplimiento anormal de las funciones del servicio, considerando, entre otros aspectos la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une la víctima con el servició, el grado de previsibilidad del daño y las circunstancias de tiempo y lugar.

FGLHXTVLTX

Encuentra su fundamento esta responsabilidad en el hecho que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para dar cumplimiento a los motivos considerados al otorgarle la competencia para ello, además de satisfacer el objetivo y fin para el cual ha sido dispuesta, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución.

Por su parte la falta personal, igualmente constituye un parámetro por el cual se determina la responsabilidad del funcionario o agente público, identificándolo, en que se analiza precisamente su conducta concreta. Dicho título de imputación excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio y para su configuración se tiene en cuenta la forma en que actúa el empleado, cuyo obrar permite ser calificado, igualmente, de inadecuado, inoportuno, deficiente o de una omisión indebida del agente público, se habla en tales casos de la culpa o dolo del funcionario por una conducta en que concurra impericia, imprudencia, negligencia o se incumpla la normativa que regula la materia, en que, para facilitar la acreditación, se señala que la conducta no está acorde a un comportamiento medio.

En el plano de un principio general la falta de servicio no excluye el hecho que se pueda configurar, además, una falta personal. Se puede producir entre ellas relaciones, separaciones, conexiones y superposiciones. Por ello es que la falta de servicio, en principio, absorbe la falta personal, excluyéndola. Pero es posible, según se ha dicho, que esta última también excluya a la primera o concurran conjuntamente, posibilidad, esta última que nuestro legislador no autoriza, sin perjuicio de la repetición del servicio posteriormente.

En la responsabilidad del Estado por un actuar ilegitimo de la Administración la falta de servicio adquiere el carácter de presupuesto para su configuración, en que se requiere acreditar: (i) la obligación de prestar un servicio público o, a lo menos, que éste ha sido prestado, siendo la Administración la que actúo; (ii) esa actuación ocasionó daños o perjuicios en los derechos o intereses legítimos del administrado, (iii) ilegitimidad de la conducta de la Administración o imputabilidad del acto o la omisión, y (iv) relación de causalidad entre el accionar de la Administración y el perjuicio del administrado.

Por lo expuesto resulta adecuado avanzar en la regulación legislativa sobre aspectos generales de la responsabilidad del estado por falta de servicio, definiendo en qué consiste, a qué órganos les resulta aplicable y las normas que la rigen; la regulación de la actuación ilegítima de la Administración y contemplar una presunción en caso de graves violaciones a los derechos humanos de las personas; entregar estándares de diligencia exigibles a la Administración del

FGLHXTVLTX

Estado, y determinar los daños respecto de los cuales debe responder la Administración del Estado, labor que aborda el proyecto.

Cuarto: Que en un análisis amplio de la materia resulta adecuado hacer referencia a los aspectos que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse.

a.- Antecedentes generales

La noción de la responsabilidad del Estado, o su imputabilidad frente a los daños producidos por su actuar, constituye una de las preocupaciones de la doctrina administrativa, en términos de *"establecer diversos mecanismos de garantía de los ciudadanos frente a la Administración. (…) 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 administrativa"*[1].

La configuración de un régimen de responsabilidad del Estado es relativamente reciente, pues tradicionalmente, la *"confluencia de tradiciones políticas y jurídicas que se remontan al derecho público romano y que se consolidan con la doctrina de la soberanía ilimitada del poder público (monárquico o democrático), llevó por siglos a la consagración del principio de que el Estado no es responsable de sus actos (the king can do no wrong)".*[2]

A nivel comparado, la determinación de los sistemas de responsabilidad del Estado ha sido definidos, ya por la ley, y por la jurisprudencia, existiendo diversos regímenes de imputabilidad general o especializada, que dificultan la estandarización de un mismo set de principios, estándares y reglas comunes para su aplicación.

La noción central del régimen de Responsabilidad del Estado es la de falta de servicio. Esta es una traducción prácticamente literal de la noción francesa de *faute de service* y, al igual que su antecedente francés, corresponde, en general, a una culpa institucional de los organismos públicos[3]. El derecho positivo chileno no cuenta con una definición normativa de la falta de servicio. Por eso, en su determinación en concreto la jurisprudencia suele recurrir a los desarrollos doctrinales tendientes a conceptualizarla.[4]

b.- Desarrollo jurisprudencial

---

[1] Cordero, Luis. (2015). Lecciones de derecho administrativo: Colección tratados y manuales. Thompson Reuters, Santiago. p. 638.

[2] Barros Bourie, Enrique (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica, Santiago. p. 485 y ss.

[3] Ibid.

FGLHXTVLTX

Uno de los temas más discutidos de la Responsabilidad del Estado por falta de servicio es si esta se rige por un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva, a partir del cual se establecen sus requisitos de procedencia.

En un primer momento, se optó por la tesis de la responsabilidad objetiva. En esta línea, la doctrina ha señalado que *"Desde el año 1981 la jurisprudencia de la Corte Suprema comulgó con la tesis del sistema de responsabilidad objetiva, señalando 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»* («Tirado con Municipalidad de La Reina, sentencia de la Corte Suprema del 24 de marzo de 1981»). Así, una vez calificada la responsabilidad del Estado como objetiva, la Corte Suprema estableció los requisitos que deben concurrir para exigirla, manifestando que *«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 exista relación de causalidad, resultando este daño consecuencia inmediata y directa de esta falta» («Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia», 1993)".*[5] Posteriormente, la Corte Suprema cambió su criterio y descartó la tesis de un sistema de responsabilidad objetiva. En este sentido, se ha afirmado que "*A partir del año 2002 la jurisprudencia de la Corte Suprema, tomando como referencia una doctrina minoritaria hasta ese momento, viene afirmando formalmente la existencia en el derecho chileno de un régimen general de responsabilidad del Estado por falta o culpa, excluyendo expresamente la existencia de un régimen objetivo en este ámbito. Así, a partir de lo expuesto en los mismos arts. 4º y 42 de la LOCBGAE ya citados, se afirma la existencia de un régimen subjetivo de responsabilidad (o al menos no objetivo) que implica que, para imputar responsabilidad a un órgano administrativo estatal, se debe establecer que la prestación del servicio público no se dio en términos y con los estándares exigidos por la ley, lo que configura precisamente la denominada «falta de servicio». Esto es particularmente claro del tenor del art. 42 antes citado (ex art. 44 de la misma ley), que señala precisamente que «los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio», fórmula que la jurisprudencia ha ido ampliando a otros órganos del Estado, aun cuando no se le*

[4] Valdivia Olivares, José Miguel. (2019). La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena. Revista de derecho (Concepción), 87(246), 213-246.

[5] Ferrada Bórquez, Juan. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Administración Pública, 211, p. 385.

FGLHXTVLTX

aplique directamente esta norma, esto como criterio general de imputación de responsabilidad."[6]

Respecto de la evolución histórica de la Responsabilidad del Estado, la Corte Suprema ha señalado expresamente que *"(…) la evolución de la responsabilidad de los órganos de la Administración se ha desarrollado en una primera etapa, fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial"*[7]. Así, *"…la evolución jurisprudencial, las primeras sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos*[8] *en que se hizo efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales realizaron esfuerzos y diversas distinciones para excluirla"*[9]*.* Estos esfuerzos iniciales se vieron truncados por la dictación del *"(…) artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley" (…). [Esto] (…) produjo un retroceso, debiendo evolucionar tanto la legislación como la jurisprudencia desde la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad particular establecida por ley y hasta llegar a la aceptación sin prevenciones de ésta"*[10]*.*

Sin embargo, *"(…) la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado de 5 de diciembre de 1986, que incorporó*

---

[6] Ibíd.

[7] Corte Suprema. Rol 16.687/2017, 4 enero 2018. Considerando duodécimo. También en: Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 1°

[8] Dentro de estos casos específicos, "La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", sentencia de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en "Hexagón con Fisco", de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados "Mireya Baltra Moreno con Fisco", de fecha 12 de agosto de 1998, (Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 1°).

[9] Corte Suprema. Rol 16.687/2017, 4 enero 2018. Considerando duodécimo. También en: Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 1°.

[10] Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 5°.

FGLHXTVLTX

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: "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".*[11]

Lo relevante del camino avanzado por los tribunales es que *"(…) la jurisprudencia evolucionó 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 actores, evolución que se sustentó sobre la base de la legislación especial, que arranca de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley N° 18.575"*[12]*.* Lo anterior sin desconocer que a ello *"(…) 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 Legislador".*[13]

Así, se abandona la concepción tradicional de la responsabilidad del Estado como un régimen objetivo, exigiendo la acreditación, por quien lo alega, del *"(…) mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o la falta de funcionamiento del mismo, y que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al administrado, esto es, que la falencia en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado (…)"*[14]*.*

Por último, en las reformas legislativas más recientes, es este mismo factor de imputación el que se ha adoptado, pues en efecto, *"(…) un estudio de la*

[11] Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Considerando segundo.

[12] Corte Suprema. Rol 16.687/2017, 4 enero 2018. Considerando duodécimo. También en: Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 1°.

[13] Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Numeral 1°.

[14] Corte Suprema. Rol 101.739-2016, 13 febrero 2018. Considerando séptimo. También en: Corte Suprema. Rol 35.582/2017, 26 noviembre 2018. Voto Disidente Abogado Integrante Sr. Quintanilla, Numeral 1°.

FGLHXTVLTX

historia fidedigna del Título III de la Ley N° 19.966, (…) permite aseverar que la inclusión dentro de la ley de la responsabilidad del Estado en materia sanitaria obedeció a la intención específica del legislador de regular esta materia especial, siguiendo los lineamientos del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues efectivamente dicho título estableció del mismo modo que la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que la responsabilidad de éste nace de la falta de servicio, la cual no es otra que el actuar defectuoso de los Servicios de Salud"[15].

c.- Jurisprudencia actual de la Corte Suprema

En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado sobre diversos aspectos relacionados con la Responsabilidad del Estado por falta de servicio, en particular respecto de su concepto y supuestos de procedencia, de los elementos que la configuran, del sistema de responsabilidad en el cual se encuentra y de su aplicación respecto de algunos órganos públicos en particular, como lo son las Fuerzas Armadas.

Respecto del **concepto y supuestos de la falta de servicio,** actualmente, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia de la Corte (año 2021), la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquél no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

En efecto, actualmente ha señalado *"Que, como ha sostenido reiteradamente esta Corte, la falta de servicio se puede conceptualizar como la actuación ilegítima de la Administración y consistente en el incumplimiento de obligaciones de parte de un órgano del Estado. Ésta se produce con motivo de: a) la ausencia total u omisión de funcionamiento de la Administración debiendo hacerlo, mediante la correspondiente actuación; b) un mal, inadecuado, deficiente o indebido funcionamiento; c) el funcionamiento inoportuno, que se produce al desempeñar las atribuciones, actuar los órganos, ejecutar las prestaciones, cumplir las funciones o emplear las competencias de manera tardía, o d) un funcionamiento irregular de la Administración, institucionalmente considerada, esto es, contrariamente a lo que corresponde a un comportamiento común y ordinario exigible a un servicio moderno. En este caso es irrelevante la persona del funcionario y puede o no ser individualizado. Es un concepto que se utiliza como factor de imputación de responsabilidad, en que solamente se requiere de la prueba de los hechos que la constituyen, sin que sea necesario probar, además, la culpa o dolo del agente público. (…) La falta de servicio es un cumplimiento anormal de las funciones del servicio, considerando, entre otros aspectos la*

[15] Corte Suprema. Rol 34.630/2017, 1° marzo 2018. Considerando décimo cuarto.

naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une la víctima con el servicio, el grado de previsibilidad del daño y las circunstancias de tiempo y lugar…".[16]

Por su parte, en el caso de **los elementos que configuran la falta de servicio,** desde la misma jurisprudencia se puede aseverar que entre los elementos que se contemplan, están los siguientes: el funcionamiento anormal o defectuoso de la organización, consecuencia de una actuación ilegal; el daño o perjuicio producido en los derechos o intereses legítimos del administrado; la ilegitimidad de la conducta de la Administración o imputabilidad del acto u omisión; y la relación de causalidad directa entre la actuación de la Administración y el daño o perjuicio sufrido por el administrado.

En el mismo fallo citado precedentemente, la Corte explicita cuales son los elementos que configuran este tipo de responsabilidad: *"En la responsabilidad del Estado por un actuar ilegitimo de la Administración la falta de servicio adquiere el carácter de presupuesto para su configuración, en que se requiere acreditar: (i) la obligación de prestar un servicio público o, a lo menos, que éste ha sido prestado, siendo la Administración la que actuó; (ii) esa actuación ocasiono´ daños o perjuicios en los derechos o intereses legítimos del administrado, (iii) ilegitimidad de la conducta de la Administración o imputabilidad del acto o la omisión, y (iv) relación de causalidad entre el accionar de la Administración y el perjuicio del administrado."* [17]

En el mismo sentido otro fallo de la Corte, del año 2017, señala que *"…los elementos de esta clase de responsabilidad son: 1) El funcionamiento anormal del servicio o simplemente falta de servicio, pudiendo tratarse de una falta de la organización o defecto en el funcionamiento de ella, el cual puede tener su origen en una actuación jurídica ilegal (acto administrativo con vicios de legalidad), debiendo en todo caso tratarse de una falta grave; 2) El daño, esto es, que el actuar de la Administración haya ocasionado directamente un daño que no está amparado en una causal de justificación, y; 3) El nexo causal, esto es, debe existir una relación de causalidad directa entre la actuación de la Administración del Estado y el daño sufrido, debiendo tener el hecho que ocasiona el daño una cierta aptitud, en cuanto debe ser capaz para producir el daño que se reclama."* [18]

---

[16] Corte Suprema. Rol N° 14.707-2020, sentencia de reemplazo de fecha 04 de junio de 2021. Considerando 8°.

[17] Corte Suprema. Rol N° 14.707-2020, sentencia de reemplazo de fecha 04 de junio de 2021. Considerando 8°.

[18] Corte Suprema. Rol Nº 172-2017, 12 de diciembre de 2017. Sentencia de reemplazo, considerando 3°.

FGLHXTVLTX

En relación con el **sistema de responsabilidad,** se ha concluido que la falta de servicio constituye un sistema de responsabilidad subjetiva, en el que no obstante existir una objetivación de los supuestos -en cuya virtud se prescinde del dolo o culpa del funcionario-, igualmente ha de acreditarse el mal funcionamiento del servicio.

En efecto, en un fallo de la Corte Suprema de agosto de 2021, se expresa: *"Que, esta Corte ha señalado reiteradamente que 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, lo que en la especie la parte recurrente no hizo. En la responsabilidad por falta de servicio no interesa la persona del funcionario, el que podrá estar o no identificado, lo que importa es la 'falta de servicio', un reproche o reparo de legitimidad, lo que desde ya excluye la responsabilidad objetiva ya que ésta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y también la relación de causalidad entre éste y el accionar del Estado" (CS Rol N°1976-2007, entre otros)".*[19]

En cuanto a **los sujetos u órganos que pueden generar Responsabilidad del Estado por falta de Servicio,** actualmente, hay una tendencia casi unánime de aplicar directamente el artículo 42 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado incluso a las Fuerzas Armadas, no obstante que la ley las excluye expresamente en el artículo 21 inciso segundo de la misma ley. Con esta nueva jurisprudencia, prácticamente se pone fin a la tesis que arribaba a la falta de servicio a partir del Código Civil [20].

En efecto, en un fallo de 2021, la Corte señaló que *"Es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los Órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna,*

[19] Corte Suprema. Rol Nº 125.419-2020, 09 de agosto de 2021. Considerando 5°.

[20] P. Pierry Arrau (2000), «Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio», Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, 1, págs. 11-39

FGLHXTVLTX

este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública "[21]*.*

En otro fallo, se ha agregado que: *"En efecto, las normas excluidas de consideración respecto de tales instituciones están referidas a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad, dado que el mencionado artículo 4° dispone: "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"; Administración del Estado que, entre quienes la constituyen, se encuentran las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública"*[22]*.*

En la misma línea, se ha expresado sobre órganos con autonomía constitucional, en un fallo relativo a la Contraloría General de la República, "*Que la circunstancia de que determinadas instituciones públicas se encuentren excluidas del sistema de responsabilidad establecido en el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, no implica que queden adscritas a un sistema de responsabilidad objetiva con fuente en el artículo 38 inciso 2º de la Carta Fundamental como pretende el recurrente. (…) La regla de responsabilidad por falta de servicio es intercambiable con la culpa del Código Civil, y puede ser construida desde el artículo 2314 de dicho cuerpo legal, uniformando de tal forma el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la administración del Estado. Así lo ha resuelto esta Corte en numerosos fallos anteriores (SCS 371-2008, de 30 de julio de 2009; SCS 1976-2007, de 14 de octubre de 2009; SCS 2436-2008, de 9 de marzo de 2010*)"[23].

Dentro del mismo tema de los sujetos u órganos que pueden generar responsabilidad del Estado, se ha discutido la situación de particulares o empresas privadas que ejercen funciones públicas. Vale prevenir desde ya que resulta difícil definir o circunscribir precisamente el concepto de función pública y lo que abarca, ya que no se cuenta con una determinación legal ni con un concepto claro y uniforme establecido por la jurisprudencia.

Respecto a la actuación de particulares que ejercen funciones públicas, específicamente en el caso de empresas concesionarias o contratistas privadas, la Corte ha dicho que, si bien estos tienen responsabilidad, no responden por falta de servicio. Es el Estado el único que responde por falta de servicio, pero no

---

[21] Corte Suprema. Rol 82-2021. 5 de agosto de 2021. Considerando N° 15°.

[22] Corte Suprema. Rol N° 90.701-2020. 6 de diciembre de 2021. Sentencia de reemplazo. Considerando 11°.

[23] Corte Suprema. Rol N° 62.097-2016. 29 de noviembre de 2016. Considerando 9°.

FGLHXTVLTX

propiamente por la actuación o no del concesionario, sino por no haber fiscalizado la actividad adoptando todas las medidas de seguridad pertinentes. Tanto el Estado como las concesionarias son eventualmente responsables, pero cada uno en conformidad con su estatuto de responsabilidad en particular.

En efecto, la Corte ha dicho que respecto de las actuaciones de un contratista o concesionario, el Estado responde en virtud de una responsabilidad *"in vigilando",* que es un tipo de responsabilidad por omisión: "*Undécimo: (…) Esta Corte ha señalado de manera reiterada que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria. Así, importa destacar que la circunstancia relacionada con que aun cuando el ente edilicio delegara en privados la prestación de un servicio que le correspondía desarrollar, no lo libera de su responsabilidad, toda vez que está obligado a exigir y fiscalizar que la actividad se realice adoptándose todas las medidas de seguridad.*

En esta materia, la doctrina y la jurisprudencia es conteste en que la Administración debe responder por los daños ocasionados por contratistas y/o concesionarios en virtud de la responsabilidad in vigilando que es un tipo de responsabilidad por omisión, que se configura por la pasividad absoluta de la Administración o por una actividad insuficiente relacionada con la falta de inspección.[24]

En el caso de los estándares de actuación exigidos para efectos de la configuración de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, para determinar si una conducta es o no constitutiva de falta de servicio, la jurisprudencia ha establecido la necesidad de disponer de estándares de comportamiento respecto de los que se deben comparar los hechos concretos acaecidos en una causa.

En esta línea, se ha considerado que: *"Para determinar la calificación de una conducta concreta se puede acudir a un parámetro de control, en que surge más nítidamente la noción de servicio público que impone un actuar en condiciones adecuadas conforme a tal finalidad, siendo responsable de forma principal y directa de los perjuicios que ocasione su irregular ejecución. Para este mismo fin surge la apreciación normativa de la actuación, en que el parámetro de control será la Constitución, la ley, los reglamentos, circulares, protocolos, guías de actuación, recomendaciones, directrices, lex artis y principios. También en esta*

[24] Corte Suprema. Rol Nº 1015-2018, sentencia de fecha 4 de septiembre 2018. Considerando 11°.

FGLHXTVLTX

tarea puede considerarse la simple previsibilidad que pueda ocasionarse un daño conforme a las circunstancias de tiempo y lugar, medios empleados y fines que se han tenido presente al actuar. (…) Los estándares fundados en la noción de servicio público, regulación objetiva y previsibilidad del daño en el actuar de la Administración, dejan en claro que no se cumple con un procedimiento y/o decisión que proporcione lo debido. De esta forma, resulta indispensable demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración o, a lo menos que su comportamiento no ha sido como hubiera podido esperarse".[25]

Por su parte, en relación con los daños indemnizables por responsabilidad del Estado, en general la doctrina y la jurisprudencia han entendido que, al igual que en derecho civil extracontractual, en materia de daños provocados por actividad o inactividad estatal, se debe responder de todo daño, puesto que no hay normas especiales ni razones particulares para discriminar entre una reparación civil y una administrativa[26].

En esta línea, la Corte Suprema ha declarado *"Que como cuestión previa ha de señalarse que a partir del artículo 2329 del Código Civil, que dispone que "todo daño que pueda ser atribuido a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta", se ha desarrollado el denominado "Principio de la Reparación Integral del Daño", el cual se traduce en que todo daño debe ser reparado y en toda su extensión, es decir, el objeto de la reparación es poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese víctima del daño causado por el hecho del demandado".*[27]

Asimismo, se ha sostenido que *"Sobre el punto, la doctrina ha indicado que "La responsabilidad civil tiene como requisito fundamental el daño producido por el hecho del cual se pretende hacer responsable al demandado (…) [, en tanto] el daño es siempre el elemento que determina el momento en que se consuma la perpetración del delito o cuasidelito civil y nace la obligación indemnizatoria (…)".*[28]

Quinto: Que el primer artículo que pretende introducir la iniciativa al D.F.L. N° 1 del año 2001, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, versa sobre aspectos generales de la responsabilidad del estado por

[25] Corte Suprema. Rol Nº 35.228-2017, sentencia de reemplazo de fecha 25 de junio de 2017. Considerando 6°.

[26] Barros Bourie, Enrique. Op. Cit. p. 502.

[27] Corte Suprema. Rol Nº 3844/2010. 28 de marzo de 2013. Sentencia de reemplazo. Considerando 12°.

[28] Corte Suprema. Rol Nº 16.687/2017. 4 de enero de 2018. Sentencia de reemplazo. Considerando 9°.

FGLHXTVLTX

falta de servicio (su conceptualización, órganos a los cuales les resulta aplicable y las normas que le rigen), como se puede observar a continuación:

"Artículo 14. La responsabilidad por falta de servicio es un régimen de responsabilidad anónima. Imputa responsabilidad al órgano por su mal funcionamiento con independencia de la identificación de funcionarios específicos y de su culpa en la producción de los daños. No obstante, no es un régimen de responsabilidad objetiva, pues exige la ocurrencia de una anormalidad en la prestación del servicio.

Corresponde a todos los órganos de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 4 º de la presente ley, con independencia de que su organización y funcionamiento esté regulado en esta ley general o en leyes especiales. Alcanza, también, a los órganos autónomos. Es exigible tanto si la Administración ejerce directamente sus funciones públicas, o si encomienda su ejercicio a particulares, transfiriéndoles recursos públicos al efecto.

Se rige por las normas generales que establece esta ley, sin perjuicio de normas especiales que configuren subsistemas de responsabilidad patrimonial específicos, ya sea debido a determinados órganos u actuaciones".

Cabe destacar, tal como se pudo observar en el capítulo anterior, que la Corte Suprema ha señalado en reiteradas ocasiones que en la responsabilidad del Estado por falta de Servicio es irrelevante a la persona del funcionario público. En el caso de los órganos de la Administración respecto de los cuales es aplicable la responsabilidad por falta de servicio, la Corte Suprema ha atribuido esta responsabilidad a algunos de los órganos que originalmente no se les aplicaría este régimen, como las Fuerzas Armadas. Finalmente, en el caso de las normas que le son aplicables, la Corte Suprema ha dispuesto la misma situación en diversos fallos.

Asimismo, en relación con la actuación del funcionario público, la doctrina ha señalado que: *"Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esta es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de una ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta"*[29]*. En el mismo sentido, se ha señalado que "…la responsabilidad patrimonial de la Administración se compromete con absoluta prescindencia de quien materialmente ocasionó el daño"*[30]*.*

[29] Barros Bourie, Enrique. Op. Cit. p. 499.

[30] Román Cordero, Cristián (2012). Responsabilidad Patrimonial de la Administración por falta de servicio. En Derecho Público Iberoamericano, N° 1, p. 33.

FGLHXTVLTX

Sobre la imputabilidad de falta de servicio a órganos excluidos por el artículo 21 de la Ley de Bases, la doctrina ha señalado que "*Una relectura adecuada del artículo 4º de la LOCBGAE permite aplicar la institución de la falta de servicio respecto de las instituciones establecidas en el artículo 21 de la misma ley en la segunda parte de dicha norma ya que al establecer las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que hubiera causado el daño, está aceptando la responsabilidad del Estado por actividad irregular, ilegítima, antijurídica o por falta personal del funcionario, lo que también puede ser comprendido dentro de la noción de falta de servicio. Igual lectura es procedente respecto del artículo 38 inciso 2º de la Constitución no siendo una mera norma vacía. Además el artículo 4° no reproduce un "principio" de responsabilidad sino que es una regla de derecho que los jueces deben interpretar y aplicar*"[31].

De esta manera, parece favorable la modificación que pretende incorporar el proyecto de ley, puesto que introduce las distintas interpretaciones que ha hecho la Corte Suprema en esta materia, como también los criterios que la doctrina ha desarrollado al respecto.

No obstante lo anterior, en cuanto a la redacción propiamente tal, podría revisarse la utilización de ciertos conceptos como el "*régimen de responsabilidad anónima*" y los "*subsistemas de responsabilidad patrimonial*". Sin embargo, el primero se utiliza para referirse a la responsabilidad de un órgano del Estado con independencia de sus funcionarios. Por su parte, en el inciso final se hace referencia a un mismo sistema de responsabilidad en el cual pueden existir regulaciones específicas dependiendo del órgano, lo cual no constituye un subsistema, sino que una mera aplicación de la especialidad de una norma, toda vez que no existen "subsistemas" en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior se podría superar señalando que se imputa responsabilidad al órgano por su mal funcionamiento con independencia de la identificación del funcionario y que existen normas especiales relativas a determinados órganos u actuaciones.

Por otro lado, en cuanto a los órganos respecto de los cuales es aplicable la responsabilidad del Estado por falta de servicio, como se pudo observar en el acápite anterior, ha existido extensa jurisprudencia que ha imputado responsabilidad a diversos organismos del Estado, incluidos aquellos excluidos por el artículo 21 de la LOC BGAE, situación que se podría abordar por la norma.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando éste le encomienda el ejercicio de funciones públicas a particulares, se debe destacar

[31] Huepe Artigas, Felipe (2012). ¿Es procedente fundar la responsabilidad del estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico. En Ius Publicum N° 28 (2012), p. 147.

FGLHXTVLTX

la amplitud de la disposición que podría considerarse referida a un universo de situaciones que no necesariamente deberían incorporarse a este régimen, de acuerdo con la jurisprudencia citada en el capítulo anterior.[32]

Sexto: Que el segundo artículo que se proyecta incorporar a la legislación explicita en qué consiste la actuación ilegítima de la Administración, así como también introduce una presunción en caso de graves violaciones a los derechos humanos de las personas. A continuación, se puede observar el tenor literal de este precepto:

"Artículo 14 bis. Constituye falta de servicio la actuación ilegítima de la Administración. Existe actuación ilegítima cuando los agentes estatales no actúan debiendo hacerlo; cuando actúan, pero de modo irregular, es decir, fuera del estándar funcionamiento medio, común u ordinario exigible a un servicio moderno; y cuando actúan tardíamente.

La falta de servicio se presume en casos graves de violaciones de derechos humanos de las personas. También en casos graves abuso de autoridad".

Tal como se pudo comprender en el capítulo anterior, la Corte Suprema ha determinado que la actuación ilegítima de la Administración se produce cuando existe: ausencia total u omisión de funcionamiento; un mal, inadecuado, deficiente o indebido funcionamiento; un funcionamiento inoportuno; o un funcionamiento irregular de la Administración.

Por su parte, la doctrina ha desarrollado el supuesto de la actuación ilegitima como *"El supuesto de la falta de servicio es la anormalidad en el funcionamiento de los Servicios Públicos. Esta anormalidad comprende los siguientes aspectos: i) que el Servicio no actuó, debiendo hacerlo; ii) que actuó, pero de mala forma (fuera del standard medio de funcionamiento); iii) que actuó tardíamente"*[33].

De esta manera, parece favorable incorporar un concepto de actuación ilegitima, en los términos en que se establece en la propuesta, ya que éste se adecua al concepto doctrinal y jurisprudencial.

Por otro lado, en el caso de la presunción de graves violaciones de derechos humanos de las personas o casos graves abuso de autoridad, cabe señalar que respecto de las presunciones el artículo 47 del Código Civil dispone que:

---

[32] Corte Suprema. Rol Nº 1015-2018, sentencia de fecha 4 de septiembre 2018. Considerando 11°.

[33] Bermúdez Soto, Jorge (2002). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado por Falta de Servicio y por el Daño Ambiental. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, p. 256.

FGLHXTVLTX

"Art. 47. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la norma misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

En esta línea, la presunción de la falta de servicio se podría deducir sobre la base de una circunstancia conocida o acreditada de graves violaciones de derechos de las personas o casos graves de abuso de autoridad, sin precisar los abusos de autoridad o violaciones de derechos humanos que corresponde calificar de graves, entregando tal determinación a la jurisprudencia.

De esta forma, la prueba para acreditar la presunción en estos casos radica sobre el establecimiento de los hechos que constituyen los abusos de autoridad y las violaciones de los derechos humanos, entregando la determinación de su gravedad a los tribunales, lo cual podría aumentar el estándar de prueba con el objeto de acreditar la presunción, exigiéndose la concurrencia de una circunstancia adicional que permita sustentar dicha calificación, dado que, de contrario, una violación ponderada de menor entidad, constituiría la liberación de responsabilidad por parte del Estado. Bajo esta mirada puede revisarse la conveniencia de mantener el calificativo.

Por otro lado, cabe señalar lo poco eficaz que es una figura de estas características, si consideramos que, por lo general en los casos de violaciones de Derechos Humanos y abusos de autoridad, se cumplen con los supuestos de actuar ilegítimo, que son hipótesis de la falta de servicio. En este orden, en los abusos de autoridad tanto como en las violaciones de derechos humanos, el abuso o violación en general se deberá producir por un actuar irregular, una omisión o una actuación tardía del Estado. Esta situación, en el caso de las violaciones de Derechos Humanos, puede suceder por la actuación directa de funcionarios del Estado, tanto como por la negligencia del Estado de evitar que se produzcan estas violaciones incumpliendo con los deberes internacionales de protección de los derechos inalienables a toda persona[34].

[34] Especialmente si se tiene en consideración que los Estados miembros de acuerdo al Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos deben: "Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben

FGLHXTVLTX

Por otro lado, es confuso si con abusos de autoridad se refiere al párrafo XII del Título V, del Libro II del Código Penal, o si es una alusión más genérica, ya que, si fuese la segunda, nuevamente carecería de sentido la norma, ya que habría que acreditar que existe un abuso y además que éste es grave, en vez de sólo acreditar los supuestos de actuación ilegitima.

En este orden de ideas, se sugiere reconsiderar la presunción para que esta sea realmente efectiva y permita hacer más expedito el procedimiento civil para obtener una indemnización por responsabilidad del Estado por Falta de Servicio, ya sea eliminándola o suprimiendo la referencia a la gravedad, como a su vez, precisando a qué abusos de autoridad se refiere.

Séptimo: Que el tercer artículo que pretende introducir la iniciativa, versa sobre los estándares de diligencia exigibles a la Administración del Estado, bajo el siguiente tenor:

"Artículo 14 ter. La existencia de una falta de servicio se determinará atendiendo al cumplimiento de las obligaciones o estándares de diligencia exigibles a la Administración del Estado, determinados en cada caso por el legislador o la propia autoridad administrativa en reglas o principios generales. En caso de no encontrarse estos estándares expresamente determinados en la legislación, corresponde al juez construirlos en base a criterio objetivos establecidos en la ciencia o arte de la actividad material concreta desarrollada por el órgano púbico y /o conforme a los principios, directrices y reglas desarrolladas por los organismo técnicos encargados de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Chile y se encuentren vigentes, aplicables al caso concreto.

Además, deberá considerarse el tiempo y lugar en que se desarrolla el servicio, los medios técnicos y humanos con que cuenta para realizar su actividad, y la previsibilidad del daño".

Como fue señalado en el capítulo precedente, la Corte Suprema ha indicado que para determinar los estándares de diligencia se debe acudir a la apreciación normativa de la situación, a través de la Constitución, la ley, los reglamentos, circulares, protocolos, guías de actuación, recomendaciones, directrices, lex artis y principios.

Sobre este punto la doctrina ha expresado que *"Ahora bien, este comportamiento normal o exigible al servicio público está conformado por el cumplimiento de las obligaciones o estándares de diligencia exigibles a la*

---

esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".

FGLHXTVLTX

Administración del Estado, los cuales están determinados en cada caso por el legislador, la propia autoridad administrativa en reglas generales o la ciencia o arte de la actividad material concreta desarrollada por el órgano púbico. No obstante lo anterior, en muchas ocasiones estos estándares no están determinados expresamente, por lo que corresponde al juez construirlos con criterio de razonabilidad, de manera objetiva y abstracta, o bien de manera subjetiva, considerando las condiciones en que el servicio funciona (Cordero, 2012). Un buen ejemplo de lo anterior son los estándares establecidos en materia médica, en que los procedimientos correspondientes están establecidos a menudo en protocolos o guías de funcionamiento, ya sea emanados de los propios servicios de salud, del Ministerio de Salud o de las sociedades científicas propias de la disciplina".[35]

De este modo, se puede observar que la iniciativa amplía y precisa un poco más la forma de definir estos estándares de diligencia, lo cual parece adecuado.

Octavo: Que el cuarto artículo que pretende introducir la iniciativa, versa sobre los daños respecto de los cuales debe responder la Administración del Estado, de la siguiente manera:

"Articulo 14 quáter. La Administración del Estado responde por los daños que tengan causa directa y necesaria en faltas de servicio. Son perjuicios indemnizables los materiales o patrimoniales, ya sea daño emergente o lucro cesante; los extrapatrimoniales, no sólo el pretium doloris; y la pérdida de oportunidades".

Como fue señalado en el capítulo anterior, la Corte Suprema ha resuelto que se debe responder de todo daño, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Así también lo ha señalado la doctrina, al expresar que "*El Estado responde de todo daño, según las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, de modo que su responsabilidad puede ser tenida como integral*"[36]. En el mismo sentido, Ferrada ha afirmado que "*La Regla general en materia de reparación de los daños provocados por la actividad o inactividad estatal, como en materia de responsabilidad civil extracontractual en general, es su extensión a todo daño, pues no existen normas especiales ni razones jurídicas para discriminar entre la reparación civil y la administrativa*"[37].

Respecto del concepto de pérdida de una chance u oportunidad, es interesante constatar que, no obstante, no cuenta con una consagración expresa

[35] Ferrada Bórquez, Juan. Op. Cit. pp. 391-392.

[36] Barros Bourie, Enrique. Op. Cit. p. 502.

[37] Ferrada Bórquez, Juan. Op. Cit. p. 399.

FGLHXTVLTX

en nuestra legislación, la Corte Suprema lo ha incorporado en muchos de sus fallos, recogiendo conceptos de la doctrina nacional y extranjera.[38] [39] [40] [41] [42]

De este modo, parece favorable la incorporación de este artículo, ya que se encontraría conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrina especializada en esta materia.

Noveno: Que, sin perjuicio del contenido específico de la iniciativa, cabe señalar que la ubicación de los artículos que se pretenden incorporar, carece de coherencia con la organización actual de las reglas del D.F.L. N° 1 del año 2001, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ya que el artículo 13 versa sobre la probidad administrativa y el artículo 15 respecto de las normas estatutarias por las que se regirán los funcionarios públicos. Por su parte, es el artículo 42 el que establece la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

En este sentido, se recomienda incorporar las reglas relativas a responsabilidad del Estado por falta de servicio en la ubicación que tienen actualmente las normas de esa materia en este cuerpo legal.

No es posible resistir de contribuir a la regulación legislativa, dado que son materias de trascendental importancia en que han existido distintos pareceres en la evolución jurisprudencial, que podría ser regulada en esta oportunidad, como es la procedencia o improcedencia de la prescripción como modo de extinguir las acciones destinadas a reclamar la reparaciones, indemnizaciones o efectos patrimoniales por el actuar ilegitimo de la Administración y, en su caso, la determinación del día de inicio y término del cómputo de dicho plazo (hecho, conocimiento, manifestación del daño).

El Estado Democrático de Derecho demanda la reducción de las zonas de opacidad del sistema, en especial el derivado de la responsabilidad, por cuanto se relaciona con el desconocimiento de derechos o intereses legítimos, por lo cual es de esperar que sea posible que el legislador aborde la responsabilidad de los órganos del Estado en general, señalando que se regirán por iguales disposiciones.

---

[38] Corte Suprema. Rol Nº 5.094/2017. 17 de enero de 2018. Sentencia de reemplazo. Literal T.

[39] Corte Suprema. Rol Nº 18.225/2017. 17 de abril de 2018. Sentencia de reemplazo. Literal T.

[40] Corte Suprema. Rol Nº 30.264/2017. 25 de julio de 2018. Sentencia de reemplazo. Considerando 7°.

[41] Corte Suprema. Rol Nº 21.599/2017. 27 de febrero de 2018. Sentencia de reemplazo. Considerando 12°.

[42] Corte Suprema. Rol Nº 11.761/2017. 12 de julio de 2018. Sentencia de reemplazo. Considerando 21°.

FGLHXTVLTX

Décimo: Que del análisis comprendido en el presente informe se puede observar que la iniciativa pretende incorporar diversas consideraciones esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia, en especial, la emanada de la Corte Suprema, en relación con la responsabilidad del Estado por falta de servicio, lo cual se estima favorable. No obstante, con el objeto de robustecer el proyecto, se sugieren ciertas variaciones.

En esta línea, se observan favorablemente los artículos 14 ter y 14 quáter. Sin embargo, en el caso del artículo 14, se recomienda eliminar la referencia a expresiones como el de "*régimen de responsabilidad anónima*" y "*subsistemas de responsabilidad patrimonial*".

Por su parte, respecto del artículo 14 bis, se recomienda en el caso de la presunción de graves de violaciones de derechos humanos de las personas o casos graves abuso de autoridad, reconsiderar la presunción para que sea realmente efectiva, ya sea eliminándola o suprimiendo la referencia a la gravedad, como a su vez, precisando a qué abusos de autoridad se refiere.

Se sugiere incorporar las reglas relativas a responsabilidad del Estado por falta de servicio en conjunto con las normas que actualmente se encuentran en este cuerpo legal, tales como el artículo 42.

Finalmente se colabora planteando algunas materias relacionadas con la responsabilidad del Estado.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional citada, **se acuerda informar en los términos antes expuestos** el referido proyecto de ley.

Ofíciese.

PL N° 33-2021.-

Saluda atentamente a V.S.

JUAN EDUARDO FUENTES BELMAR
Ministro(P)
Fecha: 17/01/2022 09:30:38

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

FGLHXTVLTX