Boletín N 14.754-06

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Huenchumilla y Quintana, 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.

FUNDAMENTOS

I. La Responsabilidad administrativa por lesión de derechos de los administrados como pilar del Estado de Derecho.

Los sistemas de responsabilidad del Estado son 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. Como señalara Marienhoff[1], "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal –Legislativo, Ejecutivo o Judicial- causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del "Estado", a cuya estructura pertenece.

La evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado que partió desde la carencia de una respuesta por los daños producidos a los particulares, transitando hacia la generación de mecanismos de protección del ciudadano frente al Estado, pone al centro de la discusión jurídica a un actor particular dentro de él: la Administración, en tanto sujeto principal de los servicios o estructuras prestacionales del Estado para la satisfacción de las necesidades de las personas. A su respecto, el fundamento histórico, político y administrativo de la responsabilidad 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.

Como lo advierten García de Enterría y Fernández, "llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado"[2] .Es, sin embargo, una concepción fundamental pues significa un "cambio de paradigma", ya que " la óptica radicará no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. "La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración."[3] "El concepto de lesión se convierte de este modo en el

1 MARIENHOFF, Miguel. 1997. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. pp. 727 y 728.

2 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, página 358.

3 Ibidem

auténtico centro de gravedad del sistema”[4] . Y, la importancia del paradigma es que “encausa la responsabilidad del Estado producida por la acción de sus autoridades y funcionarios en torno a un objetivo común: la reparación integral del daño causado”[5].

II. Bases del Sistema de Responsabilidad Pública.

El ordenamiento jurídico nacional reconoce en términos genéricos dos grandes tipos de regímenes de responsabilidad, uno particular o civil que regula las relaciones entre los privados y otro estatal o público.

En nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustentó la decisión sobre responsabilidad del Estado en principios del Derecho Público al caratulado Sociedad Fuschs y Plath con Fisco, sentencia de 11 de enero de 1908 y al denominado 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 estatuto privado, de manera que se desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación y se emplea las Actas Constitucionales N° 2 y 3 ; la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en que se radica el origen de la responsabilidad del Fisco.[6]

En Fuchs y Plath con Fisco, respeto de la labor de las policías en el control del orden público, en el considerando 4, la Corte Suprema señala «que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de concurrir, entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares». En Hexagon Ltda. con Fisco se habla de «demasías funcionarias graves» en la conducta omisiva del órgano administrativo. En Tirado con Municipalidad de La Reina en el considerando 4°, señala que «en otras palabras la Municipalidad demandada, a través de los organismos con que cuenta, no fue eficiente para desempeñar el servicio público de inspección recién indicado que debía prestar a la comunidad por mandato legal…». En Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia se concluye que «conducen forzosamente a concluir que la causa inmediata del accidente antes referido consistió en la ausencia de señales de peligro adecuadas para el tránsito nocturno de acuerdo con las normas dispuestas…»[7] En todos estos casos subyace la idea de falta, ineficiencia o desproporcionalidad en el servicio, al hablarse de actuación ineficiente o en desapego a la normativa. Ello supone que exista un funcionamiento exigido

---

4 Op.cit. página 378

5 Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Ministro Sr. Muñoz, Numeral 3°.

6 Corte Suprema Rol: 104602 -2020, Casación Fondo Alvarado/Hospital Clínico de Magallanes.

7 Bermúdez Soto, Jorge: La responsabilidad extracontractual de la administración de Estado por falta de servicio y por el daño ambiental. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII (Valparaíso, Chile, 2002)

a la Administración del Estado y que el hecho que causa el daño se aleje o no calce con dicho comportamiento.

El paradigma que se ha reseñado, sobre la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

El inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política de la República, señala 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, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Ferrada[8] explica que, esta es una norma que no opta por un sistema específico de responsabilidad de la Administración y menos aun por uno de carácter objetivo, sino que establece un mínimo indisponible por el legislador, quien está llamado por la propia Constitución a modelar dicho sistema. Dicho mínimo exige, que se verifique, para comprometer esa responsabilidad, al menos: lesión, actuación administrativa y relación de causalidad; que la lesión esté referida a derechos o intereses jurídicos, siempre que estos últimos sean ciertos y legítimos; que esta responsabilidad siempre sea directa; y finalmente, que, para comprometerla, potencialmente apta es cualquier actuación, no pudiendo, en consecuencia, el legislador ni el intérprete concederle a la Administración del Estado a priori márgenes o parcelas de irresponsabilidad. Concluye Bórquez, señalando que, en consecuencia, corresponde al legislador, con pleno respeto al mínimo garantizado institucionalmente por el artículo 38 inciso 2" de la Constitución, establecer el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A partir de allí, el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE) establece el sistema propio de responsabilidad de la Administración Publica como sistema especifico diferenciado de la responsabilidad funcionaria, al disponer 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”. Pero, de su tenor literal, queda claro que no establece un sistema específico de responsabilidad administrativa. No obstante, el artículo 42 de la misma ley, atribuye a la generalidad de los órganos administrativos responsabilidad por concepto de falta de servicio: “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”.

Esta norma es la única regla general que ha establecido un sistema de responsabilidad para la generalidad de los organismos que la integran, al exigir la ocurrencia del factor de atribución falta de servicio. Ello, sin perjuicio de las normas especiales que han configurado específicos subsistemas de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, ya sea en razón de determinados órganos u actuaciones, por ejemplo, en las normativas sectoriales como la Ley N° 19.966, que establece un régimen de

8 Ferrada Bórquez, J. C. (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, 373-406.doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.15

garantías en salud, y la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, entre muchas otras.[9]

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema los elementos que conforman esta clase de responsabilidad son: Primero : “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 sin perjuicio que no toda actuación ilegal constituye falta de servicio” [10]; segundo: “el daño, esto es, que el actuar de la Administración haya ocasionado directamente un daño que no está amparado en una causal de justificación” [11], y; tercero: “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”[12].

III. Falta de Reglamentación particular y suficiente.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas que, actualmente regulan la responsabilidad de la Administración del Estado son escasas y excesivamente genéricas, ya que no establecen con precisión cuáles son, en definitiva, los presupuestos cuya ocurrencia hacen procedente dicha responsabilidad.

“Forzoso es reconocerlo”, señaló la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo Patosí Zambrano con Fisco de Chile precisando que "los cuerpos normativos en que se encuentra su consagración originaria (artículo 38 de la Constitución Política de la República, y artículos 4" y 42' de la LOCBGAE) omiten del todo establecer una reglamentación particular y suficiente en lo que concierne, entre otros importantes aspectos, a las características específicas de la acción indemnizatoria que emana de la responsabilidad en comento"[13].

Ello ha permitido a la doctrina elaborar posiciones no sólo contradictorias, sino excluyentes, y, además, ha otorgado al juez un ilimitado margen interpretativo en esta materia. La Corte Suprema ha consignado en sus fallos que “[…]la falta de servicio constituye un sistema de responsabilidad de la Administración del Estado construido dogmática y jurisprudencialmente en base a lo preceptuado por los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la Republica, así como en base a otras normas infra constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado[…]” [14].En otras palabras, es el juez, y no el constituyente ni el legislador, quien, finalmente, modela, para cada caso, el sistema de responsabilidad la Administración del Estado en Chile.

Ferrada señala que existe “una acusada carencia en nuestra legislación y doctrina de respuestas adecuadas al problema de los daños derivados de la actividad administrativa del Estado […] sin fundamento normativo expreso y

9 Letelier, Raúl (coord.). La falta de servicio. Abeledo Perrot, Santiago. p. 58.

10 CORTE SUPREMA. ROL 97.722/2016, 23 ENERO 2018. CONSIDERANDO CUARTO CORTE SUPREMA. ROL 21.793/2017, 27 FEBRERO 2018. CONSIDERANDO QUINTO CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SÉPTIMO CORTE SUPREMA. ROL 871/2018, 8 NOVIEMBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEGUNDO.

11 Ibidem

12 Ibidem

13 Patosí Zambrano con Fisco de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de Octubre de 2000.

14 Corte Suprema. ROL 21.793- de 27 febrero 2018. Considerando quinto.

con una cláusula legal de responsabilidad por falta, traída de la jurisprudencia francesa, pero con un alcance limitado respecto de la organización administrativa". En el mismo sentido, Cordero agrega que "la manera como la Corte Suprema ha enfrentado los temas de responsabilidad evidentemente resulta cambiantes, entre otras razones por lo imprecisa e indeterminada de nuestra regulación legal, y porque, además, se enfrentan a problemas directamente vinculados a la forma y modo en que el Estado y los ciudadanos deben compartir los infortunios, no sólo ilícitos, sino que también los lícitos".

Concuerda con ello el Ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, quien en sostenidas prevenciones ha dado cuenta de los problemas interpretación que existen en la materia. El magistrado manifiesta que "Todos sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios (…) [Sin embargo,] la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración"[15] . Así, "(…) se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración y los segundos la incluyen"[16]. Precisa que, en el segundo caso, surge la conceptualización de la responsabilidad de la Administración "como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (faute de service), pero esta también produce divergencias"[17]. Concluye entonces, que existe un desafío que "simplificando el problema […] se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en qué parte radica su acreditación"[18].

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

La falta de normas específicas que desarrollen el concepto de falta de servicio y ciertos desacuerdos jurisprudenciales, tornan imperiosa la necesidad dar certeza jurídica a los administrados acerca de los diferentes elementos sustantivos que configuran dicha institución, y, en consecuencia, los requerimientos procesales para su exigibilidad.

De hecho, la principal fuente de confusión e indeterminación que muestra la jurisprudencia radica en la propiedad o impropiedad de la aplicación de las normas del Código Civil, sobre responsabilidad por culpa, en la determinación de la responsabilidad púbica.

---

15 Corte Suprema. Rol 39.484/2017, 2 octubre 2018. Sentencia de reemplazo, Prevención Ministro Señor Sergio Muñoz, Numeral 5°.

16 Ibidem

17 Ibidem

18 Ibidem

Son elementos sustantivos de la falta de servicio y su régimen general, que la doctrina y la jurisprudencia han ido perfilando[19] , y que es necesario objetivar en normas jurídicas generales, a lo menos, los siguientes:

1. El carácter anónimo del sistema de responsabilidad basado en el concepto de falta de servicio y la no confusión de aquél con un régimen objetivo de responsabilidad de la Administración.
2. Los órganos sujetos a responsabilidad administrativa.
3. Las hipótesis objetivas en las que se considera existe una falta de servicio.
4. Los estándares objetivos a partir de los cuales se evaluará por el juzgador la existencia o no de una falta de servicio.
5. La relación de causalidad que debe haber entre la falta de servicio y el daño sufrido por el administrado.
6. Los daños indemnizables.

Todas ellas constituyen el contenido de esta moción, divididas en cuatro artículos: 14, articulo actualmente derogado, 14 bis, 14 ter y 14 quáter.

1. EL CARÁCTER ANÓNIMO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD BASADO EN EL CONCEPTO DE FALTA DE SERVICIO y LA NO CONFUSIÓN DE AQUÉL CON UN RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

El concepto de falta de servicio como título de atribución de responsabilidad de desarrollo jurisprudencial o pretoriano, data en el derecho francés desde mediados del siglo XIX. Este factor de atribución de responsabilidad “(…) 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 indiferencias 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 retardo” [20] .

Conforme explica Ferrada, “el supuesto de la falta de servicio es la anormalidad en el funcionamiento de los Servicios Públicos”[21]. Así, “la defensa con que cuenta la Administración Pública será el standard medio de funcionamiento, no siéndole imputable aquello que exceda a dicho mínimo”. [22]

Explica Bermúdez que “este sistema de responsabilidad no se estructura como un sistema objetivo de responsabilidad, sino como un sistema anónimo”. Ello significa que es un sistema en el cual se atribuye responsabilidad a la administración por el daño que ocasiona al faltar en la prestación del servicio publico cuyo cometido le ha asignado la ley, en el cual no resulta de relevancia determinar al funcionario que ocasiona la falta, sino sólo la falta del mismo”[23]. “No será necesario comprobar la negligencia

19 Para obtener un completo panorama de las cuestiones esenciales que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha desarrollado acerca de la Responsabilidad de la Administración Pública ver: “Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema”. Dirección de Estudios. IDECS: 1496. N° Informe: 154-2018. Fecha: 26-12-2018

20 Bermúdez, op.cit

21 Ferrada, op. cit, Pág.392

22 Bermúdez, op.cit

23 Ibidem

del funcionario o agente y mucho menos identificarlo plenamente, sino que sólo bastará con encontrarse en alguno de los supuestos constitutivos de falta de servicio, y probar dicha “falta anónima”.[24]

Ferrada aclara que, si bien se produce una objetivación de los supuestos en que la Administración del Estado debe responder por los daños que infiere a los particulares, “ello no debe mover a decir que se trata de una responsabilidad objetiva o por el riesgo, a pesar de que alguna jurisprudencia nacional lo ha dicho, pues el sistema objetivo o por el riesgo supone simplemente la acción del riesgo que ocasiona el daño, sin relación a falta alguna”. [25]De modo que basta con probar que el órgano administrativo actuó, y su actuación lesionó derechos del administrado, no siendo exigible que al actuar lo haya hecho cometiendo una falta.

Por ello, el Ministro Muñoz es claro en señalar que no procede aplicar a la Administración del Estado las reglas de responsabilidad que establece el Código Civil, no concordando con la jurisprudencia de la Corte que ha señalado que ésta “[…] no es más que la materialización, en el ámbito de la Administración Pública, del concepto de responsabilidad contenido […] en el artículo 2314 del Código Civil”[26]. La que afirma que, “este factor de imputación, al ser reconducido a las normas del Código Civil, determina que la responsabilidad se genera cuando el servicio se presta de forma negligente” [27]; que “[…] la falta de servicio es considerada como "la culpa del Servicio” [28]. O que, “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” [29].

Coincidimos con el Ministro señor Muñoz en que “la noción de falta de servicio […] excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario”.[30]

De ahí que el proyecto de ley proponga establecer expresamente en el articulo 14- actualmente derogado- que: “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”.

Del mismo modo, a fin de clarificar que se rige por las normas especiales aplicables a la administración y no a los particulares, se agrega en su inciso tercero, que, la responsabilidad por falta de servicio se regirá por las normas generales que se establecen en esta ley, sin perjuicio de las normas

---

24 Ferrada, op. cit, Pág.392

25 Ibidem

26 Ibidem. CONSIDERANDO SÉPTIMO

27 CORTE SUPREMA. ROL 44.383/2017, 4 OCTUBRE 2018. CONSIDERANDO NOVENO

28 CORTE SUPREMA. ROL 34.225/2017, 29 JUNIO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO

29 Ibidem. También en: Corte Suprema. Rol 35.582/2017, 26 noviembre 2018. Voto Disidente Abogado Integrante Sr. Quintanilla, Numeral 1

30 CORTE SUPREMA. ROL 12.221/2017, 19 ABRIL 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERAL 5

especiales que configuren subsistemas de responsabilidad patrimonial específicos en la Administración del Estado, ya sea en razón de determinados órganos u actuaciones".

2. ÓRGANOS SUJETOS A RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El artículo 42 señala que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. El artículo 21, por su parte, señala que "la organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título", agregando que "las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda".

La Corte Suprema ha reflexionado sobre la aplicación del artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, con relación al inciso segundo del artículo 21 del mismo cuerpo legal , con el fin de "dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas".[31] Señala que "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".[32]

A esta materia se refirió también una prevención del Ministro Sergio Muñoz al manifestar que "por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley 18.575, como por las materias de que trata, se entiende que igualmente se aplica el artículo 42 a las reparticiones excluidas en el inciso segundo del artículo 21 (…) Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". Advierte, además, que "de estimarse excluida la aplicación de esta norma, debe regirse por el artículo 4°, el que singularmente, sin el complemento del artículo 42, podría entenderse que establecería una responsabilidad objetiva derivada únicamente de constatar un derecho lesionado que ocasione daños al administrado, circunstancia que corresponde descartar".[33]

---

31 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEGUNDO.

32 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEGUNDO CORTE SUPREMA. ROL 41.971/2017, 22 MAYO 2018. CONSIDERANDO SÉPTIMO CORTE SUPREMA. ROL 45.106/2017, 25 SEPTIEMBRE 2018. CONSIDERANDO SEXTO

33 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, PREVENCIÓN MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERAL 6°

En votos disidente del 2018, el Ministro Muñoz precisó que “(…) la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial 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. 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” [34]. Norma que señala**:** “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

La razón de ello es que “las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan)”. “Lo anterior es trascendente, toda vez en la actualidad, al alero de la normativa especial que regula la materia, son innecesarios los esfuerzos jurisprudenciales para legitimar la responsabilidad del Estado por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. La evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, permite sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad, que son diferentes de los que se encuentran presentes en relaciones regidas por el Derecho Privado. Los distintos planos en que los particulares se vinculan entre sí, con aquéllos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando la relación es entre órganos del Estado, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante, no exista ninguna norma que así lo disponga. Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley N ° 18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental”.[35].

Esta última postura que establece que todos los órganos de la administración del Estado son responsables por los daños que causen por falta de servicio, y que ello deviene de las normas de derecho público, no siendo necesario ni procedente recurrir a las normas del derecho privado, es jurisprudencia asentada en la Corte Suprema.

Así, en el fallo Luchsinger, la Corte señala que “es necesario reiterar que la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4° y 42 del D.F.L N ° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley

34 CORTE SUPREMA. ROL 12.221/2017, 19 ABRIL 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERAL 3 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERALES 1° Y 2°

35 CORTE SUPREMA. ROL 12.221/2017, 19 ABRIL 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERAL 5

N º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante Ley N ° 18.575 actualizada), ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la falta de servicio que 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, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria”[36].

Agrega luego, 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, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.”[37]

Enfatiza “que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente 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 de aquellas instituciones.”[38] Por lo mismo agrega que “sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público. Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley N°18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental”.[39]

Finalmente, la Corte asienta que “la noción de falta de servicio, como el factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario”. Tesis que es abonada por la historia legislativa del artículo 4 de la Ley N° 18.575, así es como en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164) se indica textualmente que: “Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión 'responsables civilmente', a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil”[40]

---

36 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021. “Luchsinger Mackay con Fisco de Chile”, SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 15

37 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021. “Luchsinger Mackay con Fisco de Chile”, SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO DÉCIMO QUINTO.

38 Ibidem. CONSIDERANDO DÉCIMO SEXTO

39 Ibidem. CONSIDERANDO DÉCIMO SEXTO. También CORTE SUPREMA. Causas Roles N° 97.186-2020 y N° 39.686-2020.

40 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021. “Luchsinger Mackay con Fisco de Chile”, SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO DÉCIMO SÉPTIMO.

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta deservicio público”, como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).De esta forma, “acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado”, lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa). Todo lo expuesto, permite colegir que el sistema de responsabilidad consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575 constituye, en definitiva, un corolario y un elemento intrínseco de un Estado de Derecho.”[41]

Por tales razones, el proyecto de ley propone explicitar dentro del artículo 14, inciso segundo, que la responsabilidad “corresponde a todos los órganos de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 4°[42] de la presente ley, con independencia de que su organización y funcionamiento esté regulado en esta ley general o en leyes especiales. Y que alcanza, también, a los órganos autónomos”.

3. LAS HIPÓTESIS OBJETIVAS EN LAS QUE EXISTE UNA FALTA DE SERVICIO.

La «falta de servicio» ha sido tradicionalmente definida por nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa, como aquella circunstancia que se presenta cuando «los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios, del respectivo servicio público»[43]. Así, si el particular no logra probar dicha falta, el Estado no estará obligado a indemnizar, ya que el daño se habría producido sin infracción al orden jurídico por parte de este, es decir, careciendo del elemento de antijuridicidad en la acción u omisión estatal.

Con relación a la hipótesis de incumplimiento de un deber, la Corte Suprema ha señalado que, “(…) habrá de resaltarse que la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquella si se trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ello”[44]. La hipótesis del funcionamiento

41 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021. “Luchsinger Mackay con Fisco de Chile”, SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO DÉCIMO SÉPTIMO.

42 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.

43 Sentencia Excma. Corte Suprema, «Hernández con Servicio de Salud de Concepción», Rol 1290-2002, de 30 de abril de 2003. Así como en innumerables sentencias del año 2018 consignadas en “Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema”. Dirección de Estudios. IDECS: 1496. N° Informe: 154-2018. Fecha: 26-12-2018

44 CORTE SUPREMA. ROL 5.094/2017, 17 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL C CORTE SUPREMA. ROL 3.958/2017, 12 MARZO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 1° CORTE SUPREMA. ROL 10.165/2017, 23 MARZO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL C CORTE SUPREMA.

irregular o cumplimiento anormal de las funciones se debe analizar 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 [sic], el grado de previsibilidad del daño y las circunstancias de tiempo y lugar".[45]

El fundamento de este factor de imputación radica "[…] 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"[46].

En una prevención del mes de octubre de 2018, el Ministro Sergio Muñoz precisó que "(…) más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio"[47].

No obstante, en 2018 la Corte Suprema ha precisado que "la falta de servicio se puede conceptualizar como la actuación ilegítima de la Administración […] consistente en el incumplimiento de obligaciones de parte de un órgano del Estado [que] 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".

Así, resulta claro que a través de la incorporación de la falta de servicio, "(…) se produce una objetivación de los supuestos en que la Administración del Estado debe responder por los daños que infiere a los particulares, toda vez que no será necesario comprobar la negligencia del funcionario o agente y mucho menos identificarlo plenamente (falta anónima), sino que sólo bastará con encontrarse en alguno de los supuestos constitutivos de la misma".[48] Tanto en la hipótesis del incumplimiento de un deber como en la hipótesis de funcionamiento irregular- como ya hemos referido- es "irrelevante la persona del funcionario y puede o no ser individualizado"[49], pues " el hecho del servicio es aquel que es indisociable del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad".[50]

ROL 18.225/2017, 17 ABRIL 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO II.C CORTE SUPREMA. ROL 43.707/2017, 21 AGOSTO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 1° CORTE SUPREMA. ROL 871/2018, 8 NOVIEMBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO TERCERO.

45 CORTE SUPREMA. ROL 35.228/2017, 25 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEXTO.

46 CORTE SUPREMA. ROL 35.228/2017, 25 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEXTO.

47 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, PREVENCIÓN MINISTRO SR. MUÑOZ, NUMERAL 7°

48 CORTE SUPREMA. ROL 21.793/2017, 27 FEBRERO 2018. CONSIDERANDO QUINTO; CORTE SUPREMA. ROL 35.228/2017, 25 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEXTO.

49 Ibidem.

50 CORTE SUPREMA. ROL 7.113/2017, 11 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO NOVENO

Así por ejemplo, en agosto del 2020 , la Corte Suprema condena al Fisco a pagar los perjuicios sufridos por Marcelo Hernández Céspedes por “los hechos ocurridos el día 15 de marzo de 2012, en el desarrollo de actos de protesta realizados por participantes del movimiento social “Aysén, tu problema es mi problema” en la ciudad de Puerto Aysén en los que intervino la autoridad policial, haciendo uso de sus armas y elementos de disuasión, oportunidad en la que Marcelo Hernández Céspedes, quien participaba en dicha manifestación, fue impactado por un proyectil disparado por funcionarios policiales, el cual le ocasionó lesiones graves y permanentes en su ojo derecho, el que finalmente perdió”[51]. La Corte señaló que: “Carabineros de Chile es responsable por velar que el uso de la fuerza conduzca a la consecución de la finalidad buscada, esto es, el resguardo del orden público, más aun cuando se trata del ejercicio de una función pública, debiendo responder cuando se hace uso de la fuerza y se producen resultados alejados de tal objetivo, en tanto la institución es quien, precisamente, se encuentra en posición de evitarlos”[52].Concluyendo que “la falta de servicio en que incurrió Carabineros de Chile es palmaria, puesto que el servicio se prestó en forma negligente, causando daños a un particular”[53], considerando además que “No existió discusión entre las partes en que el
elemento que causó la lesión del actor es un balín de goma, proveniente de un cartucho antidisturbios disparado por personal de Carabineros el día de los hechos.”[54].

A su vez, en Agosto del 2021, también respecto de Carabineros de Chile, la Corte Suprema de Justicia condenó al Estado a pagar los perjuicios ocasionados a la familia Luchsinger Mackay por la muerte de sus padres. La Corte determinó que “fue decisivo en el resultado, el que las Fuerzas de Seguridad y de Orden no cumplieran con su deber de garantes, tanto respecto a su posición de control de la fuente de peligro que le era conocida y también previsible, como frente a los bienes jurídicos que se encontraban en la obligación de defender. Por cuanto, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, se debe responder por tener dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad o de protección frente a determinados bienes jurídicos, siendo incidental precisar si se cometió mediante omisión del deber de seguridad para la debida protección de los bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables de que eran garantes, o atendida la insuficiente acción de resguardo que como garantes se encontraban obligadas a hacer”.[55]

Atendidos los criterios jurisprudenciales anteriores, el proyecto de ley propone incorporar un artículo 14 bis que , en su inciso primero, establece como concepto general de falta de servicio “la actuación ilegítima de la Administración”, a la vez que, precise como hipótesis especificas en las que ésta se produce las siguientes : a) que el Servicio no actuó, debiendo hacerlo; b) que actuó, pero de forma irregular , es decir, fuera del estándar funcionamiento medio, común u ordinario exigible a un servicio moderno; o c) que actuó tardíamente.

51CORTE SUPREMA. Causa Rol N° 306-2020. “Hernández Céspedes, Marcelo y otros con Fisco de Chile. SENTENCIA DE REEMPLAZO, Considerando 3°

52 Ibidem. Considerando 9°

53 Ibidem. Considerando 19°

54 Ibidem. Considerando 6°

55 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021, juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios caratulados “Luchsinger Mackay con Fisco de Chile”, SENTENCIA DE REEMPLAZO. Considerando 20

4. LOS ESTÁNDARES OBJETIVOS A PARTIR DE LOS CUALES SE EVALUARÁ POR EL JUZGADOR LA EXISTENCIA O NO DE UNA FALTA DE SERVICIO.

Si la falta de servicio se entiende como un funcionamiento ilegítimo del servicio u órgano público, en que su actividad se desarrolla objetivamente en forma contraria al ordenamiento jurídico, para establecer la responsabilidad estatal se debe realizar un juicio de carácter comparativo-objetivo entre la actuación concreta del servicio público y un estándar normativo exigido, naciendo la obligación reparatoria estatal en la medida que no se hubiera satisfecho dicho estándar y con ello se hubiera producido un daño efectivo a un tercero.

Por lo tanto, es necesario fijar estándares de comportamiento respecto de los que se deben comparar los hechos concretos acaecidos en una causa.

El Ministro Muñoz, en una prevención del 2018 , que alude a los patrones de comparación de normalidad necesarios para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto, señaló que "(…) cuando la Administración actuó, se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar".[56] En el mismo sentido, Cordero señala que «el juicio de responsabilidad en realidad atiende al establecimiento de la 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 normal».[57]

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 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. Señala la Corte Suprema "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". [58] Dado que, en muchas ocasiones estos estándares no están determinados expresamente por la ley, 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[59].

Adicionalmente , y dado que la apreciación del factor de imputabilidad ha de hacerse en concreto y no en abstracto, la Corte ha resuelto que "también en esta tarea puede considerarse la simple previsibilidad que pueda ocasionarse un daño conforme a las circunstancias de tiempo y lugar,

---

56 CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, PREVENCIÓN MINISTRO SR. MUÑOZ, CONSIDERANDO 7°

57 Cordero Vega (2012), «La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema», en La falta de servicio, Santiago: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters.

58 CORTE SUPREMA. ROL 35.228/2017, 25 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO SEXTO

59 Cordero, 2012.

medios empleados y fines que se han tenido presente al actuar".[60] Tal y como lo hizo en el caso Luchsinger Mackay al señalar: "Que, en el caso en estudio, la responsabilidad del Estado, fundada en la falta de servicio, se traduce en que, no obstante, ser conocidos por las autoridades de la zona, las amenazas que había recibido la familia Luchsinger Mackay; teniendo en cuenta, además, que el día de los hechos, se trataba dela fecha en que murió el comunero Matías Catrileo Quezada, en el Fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, primo hermano de la víctima Werner Luchsinger Lemp. Permite colegir, sin lugar a duda, el ambiente de tensión que reinaba en el sector y que llevó, incluso, a que existiría, como lo reconoce el demandado, a un reforzamiento de la seguridad en los alrededores. Por consiguiente, en esas particulares circunstancias, le era exigible a las Fuerzas de Orden y Seguridad, para ese día, respecto de los Lushinger Mackay, la obligación de considerar el inmueble de éstos como un punto al cual se debía resguardar".[61]

En el mismo sentido, dado que se trata de un examen que ha de realizarse en cada caso concreto, Bermúdez señala que deberán considerarse "el tiempo y lugar en que se desarrolla el servicio" pues, por ejemplo, señala "una Municipalidad pobre tiene un standard de falta de servicio menos exigente que otra con grandes recursos"[62]. También ha de atenderse a "los medios técnicos y humanos con que cuenta la Administración para realizar su actividad" [63], y en tal caso, "la falta debe ser acorde con la realidad objetiva y relativa del servicio", elemento de gran relevancia toda vez que una defensa con que cuenta la Administración está en el llamado standard medio de actuación, es decir, que el Servicio actuó dentro de los niveles normales de su actividad. Por ejemplo, atendido el tiempo de respuesta promedio de las ambulancias de la asistencia pública, el Contralor General señala que "si la Administración demuestra que actuó dentro de dicho standard medio, no existirá falta de servicio y por tanto la acción será enervada.[64] . Del mismo modo, afirma que debe también atenderse la "previsibilidad del daño: si el daño era previsible la responsabilidad por falta de servicio se hace más posible".

Por tales razones, el proyecto de ley propone incorporar en el artículo 14 ter que la comprobación de la existencia o no de una falta ha de hacerse atendiendo al cumplimiento de las obligaciones o estándares de diligencia exigibles a la Administración Pública 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 los principios, directrices y reglas desarrolladas por los organismos técnicos encargados de velar por el cumplimiento de las Convenciones Internacionales de DDHH ratificadas por Chile y se encuentren vigentes, aplicables al caso concreto. Agregando,

60 Cordero, 2012.

61 CORTE SUPREMA. Causa Rol 82-2021. "Luchsinger Mackay con Fisco de Chile", SENTENCIA DE REEMPLAZO, Considerando 19

62 Bermúdez Soto, Jorge: La responsabilidad extracontractual de la administración de Estado por falta de servicio y por el daño ambiental. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII (Valparaíso, Chile, 2002)

63 Ibidem

64 Ibidem

además, que atendido que la responsabilidad ha de examinarse en cada caso concreto, deberá también 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.

5. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD QUE DEBE HABER ENTRE LA FALTA DE SERVICIO Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL ADMINISTRADO.

Para comprometer la responsabilidad patrimonial del la Administración Pública, no basta con que el administrado haya sufrido una lesión o perjuicio y que aquella hay incurrido en una falta. Se requiere una tercera y última condición: la existencia de un vínculo de causalidad entre la falta y el perjuicio: es preciso que el perjuicio experimentado sea consecuencia de la falta de servicio cometida[65]. Pues como dice la teoría de las obligaciones para que una persona quede obligada a indemnizar un perjuicio, es preciso que "el daño sea ocasionado por causa directa y necesaria del hecho del autor, de manera que sin este no se habría producido"[66] .

En otras palabras, como ha dicho la Corte Suprema-citando a los hermanos Mazeaud- "cuando el perjuicio no puede atribuirse al demandado, este último forzosamente tiene que ser exonerado".[67](página 456)".

Así, ha sentenciado la Corte Suprema que "[…] para que se genere la responsabilidad por falta de servicio, es necesario que entre aquélla y el daño producido exista una relación de causalidad, la que exige un vínculo necesario y directo"[68]. A mayor abundamiento, la doctrina nacional[69] ha sostenido que la exigencia del requisito del nexo causal se infiere de varias disposiciones de modo implícito, sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva o diga relación con el daño patrimonial o moral, la que no es discutida en la jurisprudencia.

Si bien es cierto que a nivel teórico diversas son las teorías sobre la causa, a saber: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa adecuada, la teoría de la causa necesaria y la teoría de la relevancia típica[70], en particular, los fallos de la Corte Suprema evidencian una clara tendencia a la aplicación de la teoría de la causa necesaria. "La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un

---

65 CORTE SUPREMA. ROL 34.225/2017, 29 JUNIO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO PRIMERO

66 Abeliuk René, Las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición actualizada, junio de 2008. Tomo I, páginas 254 y 255. CORTE SUPREMA. ROL 34.225/2017, 29 JUNIO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO PRIMERO

67 Henri y León Mazeaud: Elementos de la responsabilidad civil. Perjuicio, culpa y relación de causalidad. Editorial Parlamento Ltda., noviembre de 2008. Página 456 citado por CORTE SUPREMA. ROL 34.225/2017, 29 JUNIO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO PRIMERO

68Entre otras: CORTE SUPREMA. ROL 5.094/2017, 17 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL Q; CORTE SUPREMA. ROL 21.599/2017, 27 FEBRERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, NUMERAL 10; CORTE SUPREMA. ROL 35.764/2017, 8 MARZO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO CUARTO; CORTE SUPREMA. ROL 18.225/2017, 17 ABRIL 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL Q; CORTE SUPREMA. ROL 11.761/2017, 12 JULIO 2018. CONSIDERANDO 19; CORTE SUPREMA. ROL 826/2018, 3 SEPTIEMBRE 2018. CONSIDERANDO DUODÉCIMO; CORTE SUPREMA. ROL 40.328/2017, 3 SEPTIEMBRE 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO DÉCIMO.

69 Araya Jasma, Fernando: La Relación de causalidad en la responsabilidad civil. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, p.7, 9 y 181 citado por CORTE SUPREMA. ROL 18.225/2017, 17 ABRIL 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL Q CORTE SUPREMA. ROL 39.484/2017, 2 OCTUBRE 2018. CONSIDERANDO NOVENO- CORTE SUPREMA. ROL 871/2018, 8 NOVIEMBRE 2018. CONSIDERANDO VIGÉSIMO

70 Cury Urzúa, Enrique: Derecho Penal. Parte General, décima edición año 2011, páginas 294 y siguientes.

cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido (el hecho es condictio sine qua non del daño)-"[71]

Por esa razón, la moción deja establecida dicha causa necesaria como el vínculo que ha de haber entre la falta de servicio y los daños ocasionados a los administrados, como el tercer elemento que configura la responsabilidad patrimonial de la Administración, en el artículo 14 septies al señalar que "la Administración del Estado responde por los daños que tengan causa directa y necesaria en una falta de servicio".

6. LOS DAÑOS INDEMNIZABLES.

Como lo señala la doctrina a partir de la responsabilidad por lesión que establece el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, el hecho fundante de la responsabilidad patrimonial de la Administración Publica es "el daño". La jurisprudencia también ha señalado que "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 [...]"[72].

Por lo mismo, el daño que la administración publica ha de indemnizar a los administrados sólo puede ser contemporáneo o posterior (y nunca anterior) al hecho que lo provoca. Como explica Barros, "si el daño es contemporáneo al hecho que genera la responsabilidad, concurren simultáneamente todos los elementos que la condicionan; si es posterior, sólo desde entonces habrá lugar a la acción indemnizatoria, porque la sola ilicitud de la conducta no da lugar a la responsabilidad civil"[73].

En cuanto al tipo de daños que han de indemnizarse, son dos los principales temas sobre los cuáles la Corte Suprema ha reflexionado en los últimos años: el daño moral y la pérdida de la chance.

Respecto del daño moral o daño extrapatrimonial ha establecido una concepción amplia del mismo, que incluye no sólo el pretium doloris, sino todas las especies de perjuicios morales. Hoy, de acuerdo con la doctrina y el derecho comparado, el daño extrapatrimonial protege más allá del pretium doloris que es solo una especie de este. También es un perjuicio extrapatrimonial la depresión o el daño a su autoestima, que son afectaciones a su integridad psíquica diferentes del dolor o sufrimiento que le pudo haber ocasionado el hecho causal.

En estricto rigor, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que el daño moral en sentido amplio equivale al atentado a determinados derechos, bienes o intereses no patrimoniales que el Derecho asegura a la persona, y no sólo por el dolor causado por una lesión de derechos. Por lo mismo, empieza a generalizarse la expresión "perjuicio no patrimonial" o "daño

---

71 Entre otros: CORTE SUPREMA. ROL 35.764/2017, 8 MARZO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO CUARTO; CORTE SUPREMA. ROL 826/2018, 3 SEPTIEMBRE 2018. CONSIDERANDO DUODÉCIMO; CORTE SUPREMA. ROL 21.599/2017, 27 FEBRERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, NUMERAL 10; CORTE SUPREMA. ROL 35.764/2017, 8 MARZO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO CUARTO; CORTE SUPREMA. ROL 34.225/2017, 29 JUNIO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO PRIMERO.

72 CORTE SUPREMA. ROL 16.687/2017, 4 ENERO 2018. CONSIDERANDO NOVENO

73 Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, página 923 citado en SENTENCIA CORTE SUPREMA. ROL 16.687/2017, 4 ENERO 2018. CONSIDERANDO NOVENO

extrapatrimonial”, e incluso a imponerse sobre la denominación "daño moral".[74]

Por ejemplo, es un perjuicio extrapatrimonial el daño que se produce a bienes no patrimoniales como la libertad o el derecho al trato igualitario, como el nombre de una persona, su reputación, su imagen, su honra o su dignidad de ser humano, o a su afectividad. “Los supuestos que cubre el daño extrapatrimonial hoy en el viejo continente van desde el daño a la integridad física, al perjuicio psíquico, la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de agrado, etc.”[75] Barros, aclara, sin embargo, que no es necesario, sino más bien artificial, hacer clasificaciones o subclasificaciones del perjuicio extrapatrimonial pues -como aclara- “los bienes jurídicos *extrapatrimoniales* no admiten divisiones demasiado nítidas. Así, una herida sufrida en un accidente puede dejar una cicatriz (perjuicio estético), que puede afectar la vida de relación (perjuicio de sociabilidad) y eventualmente generar dificultades para encontrar pareja (perjuicio sexual) y para formar una familia (perjuicio de afecto familiar), además de los sufrimientos físicos y el deterioro de la autoestima (pretium doloris)”[76]. De modo que, advierte, “estas categorías en gran medida se superponen, con la consecuencia de que una mecánica de fragmentación trae el riesgo de una doble o triple reparación de un mismo daño". Obviamente, se debe probar que aquellas afectaciones o padecimientos son consecuencia directa y necesaria del hecho causal.

La Corte Suprema, por su parte, ha recogido esta noción amplia. Ha señalado que “si bien en nuestra legislación no se encuentra un concepto unívoco de lo que se entiende por daño moral, su acepción más restringida elaborada por la doctrina se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como pretium doloris. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos. Así, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ha manifestado sobre el punto: "Estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma -física o psíquica, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales”. Y agrega: "En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por parte de una persona que se encontraba obligada a respetarlo"[77].

Además de lo señalado por la doctrina, la Corte también funda su postura amplia acerca del alcance del daño moral, en lo dispuesto en materia sanitaria en el articulo 41 de la Ley N ° 19.966 que preceptúa: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la

---

74 Barrientos Zamorán, Marcelo: DEL DAÑO MORAL AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL: LA SUPERACIÓN DEL PRETIUM DOLORIS Revista Chilena de Derecho, vol. 35 Nº1, pp. 85-106 [2008]

75 Ibidem

76 Barros, Enrique (2006): Tratado de Responsabilidad Extracontractual. *Santiago*, Editorial Jurídica de Chile.pág.290.

77 En "El Daño Moral", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 83 y 84” citado en CORTE SUPREMA. ROL 33.865/2017, 24 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 10°, CORTE SUPREMA. ROL 3.958/2017, 12 MARZO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 9°; CORTE SUPREMA. ROL 37.438/2017, 13 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 5°, CORTE SUPREMA. ROL 18.253/2017, 18 JUNIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 8°: CORTE SUPREMA. ROL 43.707/2017, 21 AGOSTO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 11°.

gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido,_atendiendo su edad y condiciones físicas."[78]

Finalmente, respecto de la legitimación para la determinación del daño moral, la Corte señala que "este alcance del daño moral […] constituye una apreciación subjetiva que queda entregada sólo a criterio y discernimiento de [los jueces de la instancia], valoración que no acepta revisión de [la Corte Suprema], por la vía de la casación en el fondo"[79].

Por su parte, la pérdida de chance u oportunidad, se trata del caso de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien 'aleatorio' que estaba en juego , por ejemplo ganar un proceso judicial, una licitación, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, acceder a un cargo mediante concurso público, etcétera, y el servicio, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades , por ejemplo, en el caso de que un consultorio de la Corporación de Asistencia Judicial que no aportó las pruebas u olvidó apelar en un juicio, un Consultorio de Salud que no efectuó un examen medico o administró una vacuna equivocada, un servicio que omitió certificar un documento, o la inclusión de un postulante a un concurso o a una licitación, lesionando al postulante, etcétera). "La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja"[80].

La Corte Suprema ha resuelto sobre la pérdida de chance , a partir de la doctrina francesa, considerándolo como "el perjuicio que sufre un sujeto respecto del cual había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades"[81] Precisando que se habla de chance u oportunidad , "pues el interés en juego era aleatorio, es decir, que existían solamente oportunidades de obtenerlo"[82]

Precisa, además, que 'se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento, habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida[83].

---

78 CORTE SUPREMA. ROL 4.512/2018, 15 MAYO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO CUARTO; CORTE SUPREMA. ROL 43.002/2017, 22 MAYO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 7°; CORTE SUPREMA. ROL 43.707/2017, 21 AGOSTO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 8°

79 CORTE SUPREMA Rol Nº 679- 2002, Gaceta Jurídica Nº 271, pág. 96; CORTE SUPREMA. ROL 2.378/2018, 16 MAYO 2018. CONSIDERANDO DÉCIMO SEXTO.

80 Tapia Rodríguez, Mauricio: "Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?", en "Estudios de Derecho Civil VII". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650.

81 CORTE SUPREMA. ROL 5.094/2017, 17 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL T; CORTE SUPREMA. ROL 18.225/2017, 17 ABRIL 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL T, en las que refiere a Chabas, François: "Cien años de responsabilidad civil en Francia", Van Dieren Editeur, Paris 2004, pág. 76. Citado por Camilo Arancibia Hurtado, "Recepción de la pérdida de chance en Latinoamérica: el caso argentino", en "Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso", pág. 156.

82 Ibidem

83 Represas Félix Trigo: Pérdida de chance. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25, citado en CORTE SUPREMA. ROL 5.094/2017, 17 ENERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL T; CORTE SUPREMA. ROL 21.599/2017, 27 FEBRERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 12°; CORTE SUPREMA. ROL 18.225/2017, 17 ABRIL 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, LITERAL T; CORTE

Respecto de los montos de indemnización que corresponden a la pérdida de la chance, la Corte ha destacado que “la “doctrina en este sentido es unánime”, y que es “la oportunidad es lo que se debe indemnizar y no lo que estaba en juego”. Por eso , ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida” [84] .Por ejemplo, en el caso de una licitación de una obra, en la que se omite la consideración de un candidato en virtud de un hecho ilícito del servicio, no cabe indemnizar por el monto total del proyecto que se licitaba, sino por un monto menor que permita resarcir la perdida de la oportunidad de haber estado entre los posibles sujetos elegibles para desarrollar la obra.

Por las consideraciones anteriores, la moción propone precisar en el artículo 14 quáter, además de que la Administración del Estado responde por los daños que tengan causa directa y necesaria en faltas de servicio, que son daños indemnizables por la Administración Pública, los daños materiales o patrimoniales, ya sea daño emergente o lucro cesante; los daños extrapatrimoniales; y la pérdida de oportunidades.

PROYECTO DE LEY

Introdúzcanse las siguientes modificaciones al D.F.L. Núm. 1/19.653, texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado:

1) Agréguese un artículo 14 del siguiente tenor:

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°[85] 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

SUPREMA. ROL 18.253/2017, 18 JUNIO 2018. PREVENCIÓN MINISTRA SRA. EGNEM, NUMERAL 5°; CORTE SUPREMA. ROL 11.761/2017, 12 JULIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 21° CORTE SUPREMA. ROL 30.264/2017, 25 JULIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDOS 7°; CORTE SUPREMA. ROL 34.630/2017, 1° MARZO 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRA SRA. EGNEM Y ABOGADO INTEGRANTE SR. RODRÍGUEZ, NUMERAL 10

84 CORTE SUPREMA. ROL 21.599/2017, 27 FEBRERO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDO 15 CORTE SUPREMA. ROL 30.264/2017, 25 JULIO 2018. SENTENCIA DE REEMPLAZO, CONSIDERANDOS 13 CORTE SUPREMA. ROL 34.630/2017, 1° MARZO 2018. VOTO DISIDENTE MINISTRA SRA. EGNEM Y ABOGADO INTEGRANTE SR. RODRÍGUEZ, NUMERAL 13

*Articulo derogado

85 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.

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.

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.

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.

Artículo 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.