

| GERARDO RAMÍREZ GONZÁLEZ |

EL ESTADO DEL ARTE EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO, A PROPÓSITO DEL CASO *ESPINOZA Y OTRA CON FISCO DE CHILE*

THE STATE OF THE ART IN STATE LIABILITY FOR LACK OF SERVICE, REGARDING *THE ESPINOZA AND OTHER VS. TREASURY OF CHILE* CASE

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Ramírez González, Gerardo. «El estado del arte en la responsabilidad del Estado por falta de servicio, a propósito del caso *Espinoza y otra con fisco de Chile*». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 13 (2024). <https://doi.org/10.7761/rda.13.73005>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 13
Julio 2024
ISSN: 2452-4344

Recepción: 23 de diciembre, 2023
Aceptación: 13 de mayo, 2024

Resumen

La sentencia del 15 de noviembre de 2023 de la Corte Suprema, que rechazó la casación promovida por el Consejo de Defensa del Estado, mantuvo a firme la condena al fisco de Chile a indemnizar a los demandantes por la muerte accidental de un funcionario de la Armada de Chile en acto de servicio. En su desarrollo argumental, el fallo aborda una serie de discusiones relacionadas con la responsabilidad del Estado por *falta de servicio* que se han ido decantando en la evolución de la línea jurisprudencial de la Tercera Sala, como el concepto mismo de falta de servicio y su apreciación abstracta-concreta, la aplicabilidad del estándar a las Fuerzas Armadas y de Orden, la vinculación entre falta personal y falta de servicio y la compatibilidad de indemnizaciones por otras vías.

Palabras clave: Falta de servicio, responsabilidad, falta personal, criterio de atribución, servicio público.

Abstract

The November 15th, 2023, decision of the Supreme Court dismissed the cassation filed by the State Defense Council and upheld the obligation for the State of Chile in order to compensate the plaintiffs for the accidental death of an official of the Chilean Navy in the act of service. In its argumentative effort, the ruling addresses a series of discussions related to the State's Liability for lack of service that have been developed in the evolution of the jurisprudential line of the Third Chamber, such as the very concept of lack of service and its abstract-concrete appreciation, the applicability of the standard to the Armed and Law Enforcement Forces, the link between personal misconduct and lack of service, and the compatibility of compensation through other means.

Keywords: Lack of service, liability, personal infraction, attribution criterion, public service.

Gerardo Ramírez G.

Ovalle Consejeros Legales
Santiago, Chile
gerardo.ramirez@ocl.cl
<https://orcid.org/0009-0008-7987-1613>

Abogado de la Universidad de Chile, magíster en Derecho Regulatorio del programa LLM UC de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asistente de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo, Chile. Autor de *Televisión pública y su rol regulatorio* (Santiago: Hammurabi, 2019) y *Derecho acuícola chileno* (Santiago: Hammurabi, 2023), y coautor de *Estado, comunicación y publicidad* (Santiago: Thomson Reuters, 2018). Director del área de derecho público, administrativo y regulatorio de Ovalle Consejeros Legales.

Ovalle Consejeros Legales
Santiago, Chile
gerardo.ramirez@ocl.cl
<https://orcid.org/0009-0008-7987-1613>

Lawyer from the University of Chile, master's degree in Regulatory Law from the LLM UC program of the Pontificia Universidad Católica de Chile. Assistant Professor of Administrative Law at the Universidad del Desarrollo, Chile. Author of *Public Television and its Regulatory Role* (Santiago: Hammurabi, 2019) and *Chilean Aquaculture Law* (Santiago: Hammurabi, 2023) and co-author of *State, Communication and Advertising* (Santiago: Thomson Reuters, 2018). Director of the public, administrative and regulatory law area of Ovalle Consejeros Legales.

I. INTRODUCCIÓN

Tal como las series de televisión incluyen un episodio de recapitulación en la mitad de una temporada, de vez en cuando nos encontramos con fallos que —buscándolo o no— exponen los presupuestos de una institución jurídica de manera más omnicomprendida, determinando así el estado de la cuestión en análisis. Esto es lo que sucede con la sentencia del 15 de noviembre de 2023, causa rol 38.194-2023, redactada por la ministra Adelita Ravanales y suscrita por el ministro Sergio Muñoz, el ministro subrogante Juan Manuel Muñoz Pardo y los abogados integrantes María Angélica Benavides y Enrique Alcalde, la cual recoge varias de las discusiones atinentes a la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

La sentencia que informa este comentario se refiere a materias muy relevantes en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, partiendo por el concepto mismo de *falta de servicio* como factor de atribución de responsabilidad, así como de la forma en que se debe apreciar si se cumple o no el estándar requerido de diligencia.

Del mismo modo, el fallo aborda la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 18.575 —Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que es la norma que establece que los órganos del Estado responden por su falta de servicio— a las instituciones que han sido excluidas por la propia ley de su aplicación, como las Fuerzas Armadas y de Orden.

Además, aborda la problemática de la «falta de personal» como generadora o elemento de exclusión de la responsabilidad estatal, recurriendo a la doctrina extranjera para distinguir cuándo el Estado debe indemnizar al afectado, cuándo debe responder únicamente el funcionario que incurrió en la falta y, muy importante, cuándo nace el derecho del fisco a repetir en contra de este.

Finalmente, la sentencia en estudio incorpora —o más bien recuerda— un matiz en la idea de la incompatibilidad entre vías indemnizatorias, es decir, la hasta ahora asentada imposibilidad de buscar compensación fiscal vía acción judicial cuando existen mecanismos especiales de resarcimiento.

2. SÍNTESIS DEL CASO Y DECISIÓN

A causa de un accidente de tránsito ocurrido el 23 de septiembre de 2019 en la ciudad de Antofagasta, falleció el padre y marido de las demandantes, quien iba de pasajero en el vehículo siniestrado. Tanto el conductor como los ocupantes eran funcionarios activos de la Armada de Chile y se encontraban en viaje a la ciudad de Mejillones para labores de mantenimiento de la boya Angamos. La causa atribuida al accidente fue que el conductor —quien resultó luego condenado por el cuasidelito de homicidio y de lesiones graves— perdió el control del vehículo fiscal al desatender el manejo debido a un «estado somnoliento o de polarización efectiva».

El 29 de octubre de 2019, previa tramitación del procedimiento afín, la Armada de Chile determinó que el deceso ocurrió en «acto determinado de servicio». A partir de ello, se concedieron una serie de asignaciones o indemnizaciones a la viuda (también demandante) e hijo (no demandante) del causante, entre las que contamos un montepío, indemnización de desahucio y otras, todos beneficios establecidos en la Ley 18.948.

Sin perjuicio de lo anterior, la viuda e hija de la víctima demandaron al Estado por falta de servicio, acción acogida por el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, que condenó al fisco al pago de \$354.000 a título de daño emergente y las sumas de \$90.000.000 y \$95.000.000, respectivamente, por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó la decisión.

El Consejo de Defensa del Estado interpuso un recurso de casación en el fondo, el que fue rechazado por la sentencia en comento, y en cuyo contenido se abordaron los diversos aspectos anunciados de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, los que revisaremos a continuación.

3. COMENTARIO

3.1. El concepto de falta de servicio como infracción a la conducta esperable en un Estado moderno

El concepto de *falta de servicio*, proveniente del derecho francés, ha sido el factor de atribución de la responsabilidad estatal desde *Domic Bezic con fisco* (rol 4.753-2001, de la Cuarta Sala) en 2002, en el cual se establece que el título de imputación se configura «cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente». Sin embargo, la sentencia en análisis ahonda un poco más de lo acostumbrado en esta definición y desglosa sus elementos de forma bastante didáctica, aun cuando sus postulados no son necesariamente nuevos.

El fallo conceptualiza la *falta de servicio* como

la actuación ilegítima de la Administración consistente en el incumplimiento de obligaciones de parte de un órgano del Estado. Esta 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 (considerando séptimo).¹

¹ Este destacado y los posteriores son nuestros

Como salta a la vista, los tres primeros literales de esta exposición resultan familiares, pero el cuarto parece plantear algo especial, específicamente en su alusión a un «servicio moderno». Volveremos a esta última idea —la más novedosa del fallo— más adelante. Antes, nos tomaremos unos párrafos para analizar cómo ha evolucionado la jurisprudencia desde una hipótesis de responsabilidad objetiva a una subjetiva y, ya asentada esta última, cómo debe apreciarse o contra qué debe contrastarse el deber de diligencia para configurar la falta de servicio.

Mucho se ha discutido sobre si la falta de servicio como factor de atribución es de tipo objetivo o subjetivo. La doctrina clásica se inclinó por la primera tesis, señalando que resultaba irrelevante la existencia de dolo o culpa en sus agentes,² sosteniendo que la indemnización al particular no tiene que ver con la búsqueda de un reproche motivacional o psicológico del victimario, sino que la necesidad de restitución se produce automáticamente al causarse un daño antijurídico —o no debido para con la víctima— sin que la culpa del autor sea un requisito de procedencia.³

En efecto, para el profesor Eduardo Soto Kloss —principal exponente de esta visión en nuestro país—, la responsabilidad del Estado tiene una raigambre constitucional que no busca «castigar a un culpable», sino «resarcir a una víctima» de lo que fue privada (daño) injustamente —esto es, de modo antijurídico— por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, sin que estuviera ella obligada a soportarlo.⁴ En tal sentido, lo relevante es si el afectado debía o no soportar el daño, en lugar de enjuiciar el actuar estatal.

No obstante, desde la década de los dos mil, la línea jurisprudencial adoptó la tesis que Pedro Pierry venía pregonando desde mediados de la década de los setenta: la falta de servicio puede ser establecida como *la culpa del servicio* y, por tanto, la aplicabilidad de las normas generales de derecho común.⁵ Esto es relevante también para lo que veremos en el título siguiente.

² Luis Cordero Vega, *Responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado* (Santiago: DER, 2017), 78.

³ Nicolás Enteiche Rosales, «El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: Revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)», *Actualidad Jurídica* 23 (2011): 112.

⁴ Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo: Temas fundamentales* (Santiago: Thomson Reuters, 2012), 815.

⁵ Pedro Pierry Arrau, «Responsabilidad extracontractual del Estado», *Anuario de Derecho Administrativo* 1 (1976): 471-502.

Así, y salvo especiales excepciones, a partir de 2002 la línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha abandonado la visión objetiva a menos que exista texto legal expreso que así lo disponga, cuestión que se ha visto acentuada por la incorporación del ministro Urbano Marín y del propio Pedro Pierry, quienes adscriben decididamente a la falta de servicio como sistema subjetivo de atribución de responsabilidad.⁶

Con todo, la discusión doctrinaria está lejos de ser pacífica, dado que la interrogante hoy se refiere a si el escrutinio de la acción (o inacción) estatal debe hacerse en abstracto o en concreto. En otras palabras, si el estándar exigible a la Administración lo encontramos en patrones ideales establecidos en las leyes y normas, o bien, debemos añadirle también un componente de realidad o razonabilidad. Como recoge el profesor Luis Cordero, estas dos visiones (la abstracta y la concreta) han ido apareciendo en la resolución de distintos casos,⁷ lo que da cuenta, por un lado, de que la falta de servicio es sinónimo de ineficacia externa de la Administración y que no corresponde escudarse en la falta de recursos para descargar la responsabilidad estatal, lo que fue resumido por la Corte en la frase: «Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias del presupuesto nacional»;⁸ por otro lado, se ha establecido que para analizar la falta de servicio deberán ponderarse las condiciones en que debió prestarse el servicio y los estándares mínimos exigibles en el caso concreto.⁹

El profesor Cordero Vega, uno de los más estudiosos de la jurisprudencia de la Tercera Sala, indicaba en 2011 que, durante largo tiempo, la Sala sostuvo que la falta de servicio debía analizarse en abstracto, es decir, contrastando únicamente con las obligaciones legales o eventuales ilegalidades, con prescindencia de la condición del sujeto o las circunstancias fácticas. No obstante, luego dispuso que para evaluar la falta de servicio se deben considerar las situaciones concretas en que la infracción se comete, dado que el concepto de *falta de servicio* es funcional y no formal, de manera que se debe observar la actuación de la Administración en relación con los medios que dispone para ello.¹⁰

⁶ Cfr. Eduardo Cordero Quinzacara, *Curso de derecho administrativo* (Santiago: Libromar, 2023), 982.

⁷ Cordero Vega, *Responsabilidad...*, 88-89.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema, rol 112-2001; en el mismo sentido, sentencia rol 7.930-2012.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema, rol 2.787-2008; en el mismo sentido, sentencia rol 35.353-2015.

¹⁰ Luis Cordero Vega, «La Corte Suprema y la responsabilidad del Estado», *El Mercurio Legal*, 20 de septiembre de 2011.

Así, podría pensarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha decantado por la tesis más concreta, cuestión que es posible extraer del considerando séptimo del fallo en comento cuando advierte que

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. [...] 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 servicio, el grado de previsibilidad del daño y las circunstancias de tiempo y lugar.

Sin embargo, esta idea encuentra matices. En el párrafo siguiente del fallo, establece que el fundamento de esta responsabilidad recae

en el hecho de 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,

para luego agregar 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 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.

Es decir, no solo importan las condiciones de hecho o recursos disponibles para analizar si se incurrió o no en falta de servicio, sino que debe aplicarse un juicio normativo, cuyo parámetro o estándar está determinado en la ley, en una norma o en principios generales o, incluso, a la previsibilidad de daño.

En este contexto aparece el estándar de *servicio público moderno*, que podría concluirse que viene a superar o complementar al de *estándar mínimo* explicado en la prevención del ministro Muñoz en el caso *Olivares con fisco* (rol 39.484-2017, sentencia de reemplazo), en que se condenó al Estado a pagar una indemnización por daño moral a un cabo de la Armada por los daños sufridos en la explosión de una vainilla de salva atascada en un cañón. A este respecto, el voto de prevención señaló que,

ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas; sin embargo, *corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente*, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la Administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El solo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. 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*.

Como muchas veces sucede, esta prevención pasaría a ser luego la tesis principal de la Sala, cuestión que ya quedó materializada en *Rebolledo y otros con fisco* (rol 14.707-2020, sentencia de reemplazo), *Isapre Consalud con Dirección General de Gendarmería* (rol 35.228-2017, sentencia de reemplazo), *Toledo con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* (rol 20.625-2018), *Aravena con fisco* (rol 94.245-2020) y en *Hinojosa con Servicio de Salud Arauco* (rol 59.948-2022), por mencionar algunos.

Lo que estos fallos sugieren es que en realidad no nos enfrentamos a un juicio solo de hechos (en este caso, a los recursos que tenía disponibles la Administración), sino a uno deontológico (a los recursos que debía tener), tomando como referencia un concepto jurídico indeterminado: el *servicio público moderno*, que incluso es utilizado por un proyecto de ley interpretativo que busca hacer de este un estándar normativo en la Ley 18.575.¹¹

Un ejemplo de aplicación del estándar del servicio público moderno, de nuevo, lo encontramos en la sentencia de marzo de 2023, en el caso *Cerna con Servicio de Salud Metropolitano Oriente* (rol 14.581-2022), en que la Corte Suprema rechazó la casación y confirmó el fallo que condenó al organismo sanitario estatal por considerar que los daños provocados en una intervención quirúrgica a una menor no podían justificarse en la falta

¹¹ Bolefín 14.754-06, en primer trámite constitucional en el Senado. Moción parlamentaria ingresada el 15 de diciembre de 2021 por los senadores Huenchumilla y Quintana.

de un anestesista en el hospital de Hanga Roa, dado que ello implica un incumplimiento del deber normativo del Servicio de Salud en su rol en la articulación, la gestión y el desarrollo de la red asistencial.

En similar línea, en *Hinojosa con Servicio de Salud de Arauco* (rol 59.948-2022), la Corte Suprema desoyó las alegaciones de los centros hospitalarios emplazados de no contar con los medios necesarios para brindar la debida atención a una paciente atropellada gravemente que luego falleció. Así, señaló que

tuvo un largo y agotador peregrinaje entre los diversos hospitales de la comuna, donde cada uno de ellos aludió a falta de utensilios para tratarla y/o hacerse cargo de su estado médico. Sin embargo, de la sola dinámica de los hechos, se advierte que aquellos no solo no adoptaron las medidas serias y reales de cuidado respecto de la paciente, teniendo presente su condición médica, sino que su actuar se encuentra en el límite de la desidia y la inhumanidad.¹²

Según el profesor Valdivia, la referencia al estándar de servicio público moderno en el juicio de responsabilidad manifiesta una evolución de la noción francesa más clásica de Paul Duez (el servicio u organismo público que no actúa, a pesar de que debe hacerlo, actúa mal o tardíamente) a la más moderna y también francesa de André de Laubadère, que 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.¹³ En otras palabras, *es aquello que los ciudadanos pueden esperar de la Administración*.¹⁴

Esta idea de contrastar la actuación (u omisión) estatal con lo que el Estado debe proveer —en lugar de con lo que pudo hacer— tampoco es tan nueva en nuestra doctrina, dado que el profesor Pierry ya se refería a ella a mediados de los noventa.¹⁵ Sin embargo, esta siempre se ligó a la responsabilidad sanitaria estatal, mientras que fue novedosa su extensión a otras labores públicas, como el caso en comento.

¹² Sentencia de la Corte Suprema, rol 59.948-2022, considerando octavo, sentencia de reemplazo.

¹³ Cfr. José Miguel Valdivia Olivares, «La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena», *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 87, n.º 246 (2019): 220-221.

¹⁴ Cfr. Luis Cordero Vega, «La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema», en *La falta de servicio*, coord. por Raúl Letelier Wartenberg (Santiago: Abeledo-Perrot, Thomson Reuters, 2012), 86. Es preciso no confundir la apreciación objetiva del estándar del servicio exigible propuesta por De Laubadère para efectos de configurar el factor de atribución subjetivo de falta de servicio con una tesis de responsabilidad objetiva que prescinde de ese juicio de atribución por completo.

¹⁵ Pedro Pierry Arrau, «Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio», *Revista de Derecho Público* 59 (1996): 304-307.

Así —y como ocurre con muchas cosas en el derecho administrativo—, será parte del trabajo jurisprudencial y doctrinario darle contenido a esta exigencia o estándar de *servicio público moderno*, el que —a juicio de este comentarista— debería resultar lo suficientemente flexible para evolucionar con los avances de la sociedad, pero sin constituirse como una responsabilidad totalmente estricta que funcione como un verdadero seguro o garantía general al ciudadano respecto de cualquier cosa en la que pueda verse involucrada la labor estatal.

3.2. Aplicabilidad del artículo 42 de la Ley 18.948 a las Fuerzas Armadas y de Orden

Otra de las discusiones jurisprudenciales y doctrinarias respecto al régimen de responsabilidad por falta de servicio dice relación con la aplicación de este estándar a los organismos (*prima facie*) excluidos por el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575.

Recordemos que el artículo 42 de dicha ley señala que «[l]os órganos de la Administración serán responsables del daño que causen *por falta de servicio*». No obstante, el inciso segundo del artículo 21 indica que las normas del título II (desde los artículos 21 al 51) 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.

Como reporta el profesor Cristián Román, hasta el famoso caso *Seguel con fisco* (rol 371-2008), la jurisprudencia había sido vacilante al recurrir a diversas soluciones para hacer —o no hacer— responsable al Estado en casos de daños a particulares provocados por efectivos de las Fuerzas Armadas y de Orden. Así, se resolvió este problema a través de un sistema objetivo —ya sea desde el artículo 38 de la Constitución o del artículo 4 de la Ley 18.575—, o bien, en el régimen subjetivo de responsabilidad por el hecho ajeno contemplado en el artículo 2.320 del Código Civil, o incluso desarrollando una figura de infracción o inactividad, pero sin identificarla como falta de servicio.¹⁶ Como adelantamos, fue en ese caso cuando la Corte Suprema propuso la idea de «culpa del servicio» y su construcción a partir del artículo 2.314 del Código Civil.

Esta fue la concepción reinante hasta 2021, pero ya en 2017 —en *Jaramillo con fisco* (rol 52.961-2016)— se sostuvo que el artículo 21 de la Ley 18.575 no excluía la aplicación del artículo 42 ni el concepto de falta de servicio a las Fuerzas Armadas y de Orden, sino que el legislador orgánico constitucional solo quiso excluir la aplicación de las normas sobre organización, funcionamiento y carrera funcionaria.¹⁷

¹⁶ Cristián Román Cordero, «*Seguel con fisco de Chile*. La responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una “perinola jurisprudencial?”», *Revista de Derecho Público* 71 (2009): 312.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 52.961-2016, considerando decimoprimer.

Es a partir de *Collao y otro con fisco* (rol 94.245-2020) que la posición del ministro Sergio Muñoz, que venía presentando constantes prevenciones en línea con *Jaramillo con fisco*, se volvería mayoritaria, como quedó plasmado en *Luchsinger con fisco* (rol 82-2021), *De Frutos con fisco* (rol 44.150-2020), *Muñoz con fisco* (rol 90.701-2020), *Bustamante con Escuela de Aviación* (rol 4.191-2021) y *Alarcón con fisco* (rol 85.903-2021).

Así, la sentencia en análisis sigue la línea actual de jurisprudencia, que ha considerado

innecesarios los esfuerzos jurisprudenciales para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. Esto último es importante, por cuanto 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 aquellos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando la relación es entre órganos del Estado, constituyen una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga, todo lo cual pone de relieve, finalmente, que *la noción de falta de servicio, como factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda reconducción a lo prescrito en el Código Civil* (considerando decimoséptimo).

Con todo, a juicio de este autor, esta autosuficiencia del derecho administrativo en cuanto a la falta de servicio es pertinente respecto del título de imputación o factor de atribución, pero en los demás elementos de la responsabilidad aún existen lagunas que es necesario suplir a través del derecho de daños del derecho privado.

Como nota aparte, resulta interesante que esta discusión se haya centrado principalmente en las entidades castrenses o policiales, a diferencia de otras instituciones también mencionadas en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575 como excluidas (por ejemplo, los gobiernos regionales) y que han sido demandadas y condenadas por falta de servicio.

3.3. La relación entre la falta de servicio y la falta personal

Otro de los aspectos relevantes que aborda la sentencia en estudio dice relación con la distinción entre la falta personal del funcionario y la falta de servicio, para lo que realiza una interesante revisión de la evolución del tratamiento de este aspecto en la jurisprudencia francesa.

Para ello, la sentencia replica consideraciones que ya estuvieron presentes en *Isapre Consalud con Dirección General de Gendarmería* (rol 35.228-2017, sentencia de reemplazo) y pasa revista a los casos *Rothschild* (1855), *Pelletier* (1873), *Anguet* (1911), *Lemonnier* (1918), *Mimeur*, *Defaux Besfhelserrier* (1949), *Láruelle* (1951) y *Delville* (1951), concluyendo que

cualquier falta personal de un funcionario que ocurra en acto del servicio o que no pueda verse como desprovista de todo nexo con este, engendrará el deber estatal de resarcir; y que lo relevante será entonces si nace el derecho fiscal de repetir en contra del funcionario malhechor.

Lo importante es que, luego de cinco años, la Corte Suprema retoma la distinción entre «falta de servicio pura», «falta personal pura» y «falta personal (o falta de servicio) impura», que fuera desarrollada por el ministro Muñoz en rol 35.228-2017, caso en que se condenó al fisco por el disparo al aire percutado por un funcionario de Gendarmería en el marco de una protesta y ataque al vehículo fiscal en que se transportaba, disparo que impactó en una persona que se encontraba en un departamento aledaño a los hechos y le generó graves consecuencias físicas. Este caso es especialmente interesante, como sostienen Parra y Alveal, dado que el Tribunal Superior hizo referencia explícita y condenó valiéndose del deber generalísimo que le asistiría a Gendarmería de actuar en condiciones de no generar daño a terceros, concretizado en haberse hecho uso del arma de servicio por parte del funcionario con impericia e imprudencia, lo que constituye una falta personal con ocasión del servicio.¹⁸

Entrando en la distinción propuesta, la sentencia en comentario indica que la *falta de servicio pura* es aquella en que

los errores o faltas —anónimas o no anónimas— que comete un funcionario revisten el carácter de «no separables» de su función. En este primer supuesto, concurre una falta o funcionamiento irregular o anormal imputable solamente por su naturaleza al Estado, quedando el funcionario interviniente eximido de responsabilidad personal por los daños causados, a lo cual se agrega que es indiferente que el funcionario se encuentre identificado o no.

Por el otro lado, la *falta personal pura*

se da cuando los errores o faltas que comete un funcionario, sea fuera o dentro del servicio, revisten el carácter de «separables» de su función y están totalmente desconectados del servicio o, si se prefiere, de la función pública. En este segundo caso, el funcionario es el único responsable y no el Estado.

¹⁸ Rodrigo Parra Salamanca y José Guillermo Alveal Leiva, «La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema», *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 35, n.º 1 (2022): 159.

Finalmente, la *falta personal o de servicio impura* responde a «los errores o faltas que comete un funcionario, sea fuera o dentro del servicio, [que] revisten también el carácter de “separables” de su función, pero, sin embargo, tienen conexión suficiente con el servicio»; adentrándose luego a que estas faltas pueden configurarse por *superposición* (es decir, la falta personal se combina con la falta de servicio en la producción del daño de manera paralela o independiente) o por *desdoblamiento* (se configuran al mismo tiempo con la falta de servicio o fuera de este, pero con alguna conexión con el mismo).

De este modo, cuando la falta de funcionario es separable pero conectada con el servicio (que en derecho común sería fuente de solidaridad), se configura la falta de servicio desde la perspectiva del afectado, por lo que es el Estado quien debe indemnizarlo. Sin embargo, quien debe soportar ese pago será el funcionario, en todo o en la parte que le corresponda, misma conclusión presente en *Venegas con Ilustre Municipalidad de Angol* (rol 8.315-2015).

Para determinar si la falta personal es o no separable del servicio y si tiene o no nexos funcionales con este, la Tercera Sala recurrió al jurista argentino Martín Galli, quien propone tres elementos de análisis:

- Elemento circunstancial, que revisa si el funcionario estaba o no en servicio y si la falta se produjo durante el servicio. Comprende el lazo espacial y el temporal. Este sería el elemento aplicado, por ejemplo, en *Morales Gamboa con fisco* (rol 7.919-2008), en que se condenó al Estado por la muerte de un carabinero en servicio a causa de un disparo percutado por otro efectivo policial, por el hecho de encontrarse ambos acuartelados.
- Elemento instrumental, que se refiere a si el funcionario usó medios —materiales o no— del servicio o medios personales.
- Elemento ideológico, que examina si el funcionario actuó según las necesidades del servicio o con fines personales, como en *Santecchia con fisco* (rol 6317-2018), en que se determinó el deber del Estado de indemnizar a quienes sufrieron el daño por la conducción negligente de un vehículo policial en una persecución a un sospechoso de la comisión de un delito.

En el caso en comento, la camioneta siniestrada era fiscal (elemento instrumental), el viaje se produjo por fines de la Armada (elemento ideológico) y el accidente ocurrió en un acto de servicio (elemento circunstancial), de modo que la falta personal en que incurrió el conductor difícilmente se puede separar de la función pública que desempeñaba. En dicho contexto, estaríamos frente a una falta de servicio pura, sin que nazca el derecho a repetir del fisco para con el conductor imprudente que causó el fatal suceso.

3.4. La compatibilidad de indemnizaciones

El fallo presenta una interesante decisión en relación a la compatibilidad o incompatibilidad de vías resarcitorias, cuando existen diversas fuentes.

Conforme señala el profesor Cordero Vega, en *Domic Bezic con fisco* se estableció la doctrina de que las acciones de responsabilidad serían incompatibles con las leyes que establecen fondos indemnizables para familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos (Ley 19.273), dado que ambas están destinadas a resarcir de un mismo daño o perjuicio: el daño moral sufrido, y que provienen del erario fiscal.¹⁹

Sin embargo, en el caso en estudio, la Corte reconoce un matiz —ya presente en *Russel con fisco* (rol 6.027-2017) y replicado en *Slier con fisco* (rol 61.001-2021)—, en cuanto señala que las compensaciones contempladas en la Ley 18.948 —cuyo objeto es *indemnizar* a sus legitimados por la muerte de un efectivo de las Fuerzas Armadas en acto de servicio—, pese a usar el término *indemnización*, no pretenden resarcir los perjuicios derivados de un hecho ilícito o falta de servicio, sino simplemente «hacerse cargo de la situación de hecho en la que quedan los familiares directos de un funcionario periculado o inutilizado en servicio» (considerando decimoprimerero).

En concreto, estima el fallo que las compensaciones de la Ley 18.948 tienen una raigambre de seguridad social y no exoneran el deber fiscal de indemnizar por su falta de servicio. En esa línea, llama la atención cuando advierte que entender ambas como incompatibles o compensables

implicaría que en la práctica ninguna distinción existiría entre el caso de que la muerte se hubiese producido por un accidente ocurrido en el marco de las labores propias del cargo y aquel en que el fallecimiento resulte de una negligencia del servicio, lo que derivaría en obviar —y, por tanto, *dejar sin sanción alguna— el disvalor adicional que se observa en la conducta de la institución en el segundo caso.*

Como se advierte, para el superior jurisdiccional, una de las razones para dar lugar a la indemnización por falta de servicio a los familiares de la víctima —ya «indemnizados» por vía de montepíos u otros contemplados en la Ley 18.948— está dada por el reproche especial al actuar ilegítimo de la Administración, cuestión que se identifica cabalmente, en nuestra opinión, con la idea de daños punitivos, en especial por cuanto el fallo habla de manera expresa del disvalor adicional de la acción del Estado, no del daño a la víctima. Los «daños punitivos» han sido definidos como la suma de dinero que el juez puede ordenar

¹⁹ Cordero Vega, *Responsabilidad...*, 61-62.

pagar a la víctima más allá de la indemnización reparatoria y que, en aquellos sistemas civiles cuya procedencia se reconoce —por ejemplo, el angloamericano—, se aplican en casos de ilicitud de especial malignidad o gravedad.²⁰

No obstante esta opinión personal, razonablemente podría plantearse que la Corte en realidad valora que el sufrimiento de los deudos es mayor cuando el deceso se produjo en condiciones evitables y, por tanto, aumenta el *quantum* de los daños extrapatrimoniales o morales.

4. CONCLUSIONES

En una sola sentencia, la Tercera Sala hace un recuento bastante comprensivo del estado del arte en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, destacándose este último como un factor de atribución de responsabilidad subjetivo, pero respecto del que despliega una apreciación frente a un estándar normativo de diligencia (que podríamos llamar abstracto u objetivo), más ligado lo que debiera ser capaz un servicio público moderno, y no solo ante lo que pudo hacer por falta de recursos.

Asimismo, rechaza la aplicación supletoria del Código Civil respecto de las instituciones excluidas por la Ley 18.575, sosteniendo que el derecho administrativo ha alcanzado un nivel de madurez suficiente para que se les aplique el concepto propio de *falta de servicio*.

Respecto a la falta personal, se recuerda que esta solo excluye la responsabilidad estatal frente al afectado cuando el acto dañoso no tenga conexión con el servicio que presta el funcionario, pues de lo contrario el fisco deberá indemnizar y solo repetir contra el malhechor.

Finalmente, distingue entre vías indemnizatorias o de compensación de tipo previsional frente a aquellas que buscan efectivamente resarcir los daños sufridos, las que pueden ser compatibles entre sí. ■

²⁰ Basil Spyridonos Markesinis y Simon Deakin, *Tort Law* (Oxford: Clarendon, 1999), 37; citado en Hernán Corral Talcani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: Jurídica, 2024), 67-68.

BIBLIOGRAFÍA

-
- Cordero Quinzacara, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Santiago: Libromar, 2023.
 - Cordero Vega, Luis. «La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema». En *La falta de servicio*, coordinado por Raúl Letelier Wartenberg. Santiago: Abeledo-Perrot, Thomson Reuters, 2012.
 - — *Responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado*. Santiago: Der, 2017.
 - Corral Talcani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Jurídica, 2004.
 - Enteiche Rosales, Nicolás. «El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: Revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)». *Actualidad Jurídica* 23 (2011): 109-135. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/el-fundamento-de-la-responsabilidad-extracontractual-del-estado-administradore-n-chile-revision-de-la-evolucion-jurisprudencial-1999-2010/>
 - Markesinis, Basil Spyridonos y Simon Deakin. *Tort Law*. Oxford: Clarendon, 1999.
 - Pierry Arrau, Pedro. «Responsabilidad extracontractual del Estado». *Anuario de Derecho Administrativo* 1 (1976).
 - — «Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio». *Revista de Derecho Público* 59 (1996): 287-309. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9305111>
 - Román Cordero, Cristián. «*Seguel con fisco de Chile*. La responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una “perinola jurisprudencial?”». *Revista de Derecho Público* 71 (2009): 310-317. doi: <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i71.35700>
 - Soto Kloss, Eduardo. *Derecho administrativo: Temas fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters, 2012.
 - Parra Salamanca, Rodrigo y José Guillermo Alveal Leiva. «La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 35, n.º 1 (2022): 145-165. doi: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000100145>

- Valdivia Olivares, José Manuel. «La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 87, n.º 246 (2019): 213-246. https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/1398

JURISPRUDENCIA

- *Alarcón con Fisco*. Corte Suprema, 11 de julio de 2022 (recurso de casación), rol 85.903-2021.
- *Aravena con Fisco*. Corte Suprema, 13 de julio de 2021 (recurso de casación), rol 94.245-2020. Sentencia de reemplazo.
- *Bustamante con Escuela de Aviación*. Corte Suprema, 25 de enero de 2022 (recurso de casación), rol 4.191-2021.
- *Cerna con Servicio de Salud Metropolitano Oriente*. Corte Suprema, 20 de marzo de 2023 (recurso de casación), rol 14.581-2022.
- *Collao y otro con fisco*. Corte Suprema, 13 de junio de 2021 (recurso de casación), rol 94.245-2020. Sentencia de reemplazo.
- *De Frutos con fisco*. Corte Suprema, 27 de septiembre de 2021 (recurso de casación), rol 44.150-2020. Sentencia de reemplazo.
- *Domic Bezie con fisco*. Corte Suprema, 15 de mayo de 2022 (recurso de casación). rol 4.753-2001
- *Godoy Villouta con Municipalidad de San Ramón*. Corte Suprema, 15 de octubre de 2009 (recurso de casación), rol 2.787-2008.
- *Hinojosa con Servicio de Salud Arauco*. Corte Suprema, 22 de marzo de 2023 (recurso de casación), rol 59.948-2022. Sentencia de reemplazo.
- *Isapre Consalud con Dirección General de Gendarmería*. Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (recurso de casación), rol 35.228-2017. Sentencia de reemplazo
- *Jaramillo con Fisco*. Corte Suprema, 24 de abril de 2017 (recurso de casación), rol 52.961-2016.
- *Luchsinger con fisco*. Corte Suprema, 5 de agosto de 2021 (recurso de casación), rol 82-2021. Sentencia de reemplazo.
- *Morales Gamboa con fisco*. Corte Suprema, 14 de enero de 2011 (recurso de casación), rol 7.919-2008.
- *Muñoz con fisco*. Corte Suprema, 6 de diciembre de 2021 (recurso de casación), rol 90.701-2020. Sentencia de reemplazo.

- *Olivares con fisco*. Corte Suprema, 2 de octubre de 2018 (recurso de casación), rol 39.484-2017. Sentencia de reemplazo.
- *Rebolledo y otros con fisco*. Corte Suprema, 4 de junio de 2021 (recurso de casación), rol 14.707-2020. Sentencia de reemplazo.
- *Russel con fisco*. Corte Suprema, 29 de enero de 2019 (recurso de casación), rol 6.027-2017.
- *Santecchia con fisco*. Corte Suprema, 31 de enero de 2019 (recurso de casación), rol 6.317-2018. Sentencia de reemplazo.
- *Seguel con fisco*. Corte Suprema, 30 de julio de 2009 (recurso de casación), rol 371-2008.
- *Slier con fisco*. Corte Suprema, 18 de enero de 2022 (recurso de casación), rol 61.001-2021. Sentencia de reemplazo.
- *Toledo con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*. Corte Suprema, 11 de noviembre de 2019 (recurso de casación), rol 20.625-2018.
- *Venegas con Ilustre Municipalidad de Angol*. Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015 (recurso de casación), rol 8.315-2015.
- *Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano*. Corte Suprema, 27 de octubre de 2004 (recurso de casación), rol 442-2204.