



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

**LA FALTA DE SERVICIO.  
RESPONSABILIDAD MUNICIPAL Y RESPONSABILIDAD  
SANITARIA DEL ESTADO.  
ANALISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE**

RENÉ TOMÁS CUADRA ENEI

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad FinisTerrae,  
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Juan Andrés Orrego Acuña

Santiago, Chile

2016

## INDICE

**INTRODUCCION** página 1

### **CAPITULO PRIMERO**

**RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y LA FALTA DE  
SERVICIO** página 3

### **CAPITULO SEGUNDO**

**JURISPRUDENCIA SOBRE LA FALTA DE SERVICIO ATRIBUIDA A LA  
MUNICIPALIDAD** página 8

- 2.1.- CORTE SUPREMA Rol 5034-2008. Fallo de 8 de octubre de 2010. Tercera Sala.  
Redacción a cargo del Ministro Sr. Jacob página 10
- 2.2.- CORTE SUPREMA Rol 5874-2009. Fallo de 8 de junio de 2011. Tercera Sala.  
Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry página 17
- 2.3.- CORTE SUPREMA Rol 5608-2009. Fallo de 23 de agosto de 2011. Tercera Sala.  
Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry página 24
- 2.4.- CORTE SUPREMA Rol 2787-2008. Fallo de 15 de octubre de 2009. Tercera Sala.  
Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Mauriz página 29
- 2.5.- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. Fallo de 6 de mayo de 2011.  
Primera Sala. Integrada por los señores Ministros titulares Sr. Raúl Mera Muñoz, Sr.  
Miguel Vázquez Plaza y abogado integrante Sr. Juan Guillermo Briceño Urra  
página 33
- 2.6.- CORTE DE APELACION DE RANCAGUA. Fallo de 28 de marzo de 2008  
página 36
- 2.7.- CORTE SUPREMA Rol 6675-2015. Fallo de 16 de noviembre de 2015. Tercera  
Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry página 38
- 2.8.- CORTE SUPREMA Rol 8722-2015. Fallo de 30 de noviembre de 2015. Tercera  
Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval página 42

## **CAPITULO TERCERO**

### **JURISPRUDENCIA SOBRE FALTA DE SERVICIO EN LA RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL ESTADO**

página 52

- 3.1.- CORTE SUPREMA Rol 8100-2015. Fallo de 9 de diciembre de 2015. Segunda Sala. Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Etcheberry página 52
- 3.2.- CORTE SUPREMA Rol 363-2009. Fallo de 13 de enero de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Araneda página 59
- 3.3.- CORTE SUPREMA Rol 4811-2009. Fallo de 09 de noviembre de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño página 61
- 3.4.- CORTE SUPREMA Rol 5663-2009. Fallo de 03 de enero de 2012. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño página 65
- 3.5.- CORTE SUPREMA Rol 14299-2015. Fallo de 26 de enero de 2016. Tercera Sala. Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Rodríguez página 69
- 3.6.- CORTE SUPREMA Rol 29365-2014. Fallo de 03 de diciembre de 2015. Tercera Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Egnem página 72
- 3.7.- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT Rol 1016-2014. Fallo de 14 de diciembre de 2015. Primera Sala. Redacción del Ministro Suplente Sr. Francisco del Campo Toledo página 80

### **CONCLUSIONES FINALES**

página 84

### **BIBLIOGRAFIA**

página 87

## INTRODUCCION

La evolución de la Responsabilidad Extracontractual y el trato que se le ha dado en el Derecho nacional y comparado, obedece a la necesidad de los ciudadanos de encontrarse protegidos frente a los daños, que en su persona o en su patrimonio, puedan sufrir producto del desarrollo de las actividades propias tanto de los privados como de los entes públicos<sup>1</sup>.

El foco de este trabajo de Memoria consistió en revisar los fallos de la Excelentísima Corte Suprema y de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones, que se refieren al factor de imputación que se denomina *falta de servicio*, que actualmente es utilizado para comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado por los hechos de su Administración.

El objetivo es entender cuándo un hecho constituye falta de servicio y, cuándo, consecuentemente ese hecho compromete la responsabilidad de la Administración, y por lo tanto la víctima debe ser indemnizada por los perjuicios que se le han causado, en tanto se responsabiliza al Estado por el actuar de sus órganos, bajo la premisa de que el particular no está en el deber de soportar esta lesión en su patrimonio.

Este concepto de falta de servicio, originado en Francia durante el siglo XIX, encontró su camino en la legislación y jurisprudencia nacional durante la segunda mitad del siglo XX, y su desarrollo en Chile no ha estado exento de problemas.

En el Capítulo I, veremos el origen de este concepto en la legislación nacional, y cómo fue incorporándose a las distintas normas que regulan la actividad de la Administración del Estado, desde la Constitución Política de la República hasta las Leyes Orgánicas.

En el Capítulo II, yateniendo clara la base normativa que regula la responsabilidad de la Administración, se revisan fallos que dicen relación, específicamente, con la responsabilidad de las municipalidades en el desarrollo de sus funciones.

---

<sup>1</sup>PierryArrau, Pedro. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. [https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev\\_1\\_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES)

Se indican las cadenas legales en base a las cuales los recurrentes alegan sus pretensiones, los hechos de la causa sobre los que se resuelve, las leyes que las Cortes consideran son atinentes al caso concreto, las consideraciones que tienen al momento de resolver y las prevenciones que se hacen en cada caso si corresponde. También se incluye al final de la relación de las sentencias las conclusiones extraídas del estudio de cada caso.

En el Capítulo III, se hace lo propio con la denominada responsabilidad sanitaria del Estado, que como veremos, también puede resultar comprometida por falta de servicio, según lo indica la ley que la regula N° 19.966.

Cerramos este trabajo con las pertinentes conclusiones finales.

De esta manera, creemos haber logrado una síntesis o exposición general, acerca de las principales ideas que deben tenerse en cuenta, para abordar un litigio en el que se pretende obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por entes públicos a consecuencia de la llamada “falta de servicio.

## **CAPITULO PRIMERO. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y LA FALTA DE SERVICIO.**

Desde los inicios de los años 70 la doctrina chilena había venido abogando por un sistema de responsabilidad con criterios de imputabilidad subjetiva, basado en la tradición de la doctrina francesa, respondiendo al avance de la doctrina de la responsabilidad por lesión en la jurisprudencia nacional<sup>2</sup>.

Esto, producto del desarrollo jurisprudencial que existió en Chile en torno a las acciones deducidas que intentaban responsabilizar al Estado por los daños causados en cumplimiento de sus funciones o, por hechos suyos, es decir los hechos de sus órganos y sus funcionarios. Este desarrollo no fue fácil en Chile ya que la justicia ordinaria comúnmente se declaraba incompetente para conocer de las acciones por responsabilidad administrativa, *lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia*<sup>3</sup>.

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia francesa comenzó a elucubrar el concepto de falta de servicio, como forma de atribuir responsabilidad directa a la administración, a propósito de ciertos conflictos de competencia que se suscitaron en el Tribunal de Conflictos a fines del siglo XIX, específicamente en el año 1873, punto de partida para la falta de servicio en esa doctrina<sup>4</sup>.

El desarrollo en el derecho comparado de la responsabilidad administrativa, evolucionó de distintas formas. En países como Francia, ha sido obra de tribunales con jurisdicción

---

<sup>2</sup>CORDERO VEGA, L. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema” En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág 61.

<sup>3</sup>Pierry Arrau, Pedro. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. [https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev\\_1\\_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRA CONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRA CONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES)

<sup>4</sup> Un claro desarrollo claro de la historia del concepto en VALDIVIA, J.M. “Orígenes de la noción de falta de servicio” En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012.

especializada; en Alemania, se ha construido sobre la expansión de la responsabilidad del funcionario hacia el órgano del Estado pensado como persona jurídica. En otros, como el caso de Inglaterra y Estados Unidos, se reconoció esta responsabilidad a través de leyes especiales en virtud de las cuales se le hace aplicable el estatuto general de la responsabilidad civil. Por último, también ha surgido como resultado de un estatuto legal especial de la responsabilidad de las administraciones públicas, como en el caso de España<sup>5</sup>.

La legislación nacional busca una solución al dictar el **DL 1289 de 1976**, antigua Ley Orgánica de Municipalidades, que vendría a establecer la primera norma de carácter general que, al amparo de las normas y principios del Derecho Público, regula la responsabilidad extracontractual de un órgano del Estado, haciendo responsable a los municipios por los perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones.

**El DL 1289** se refiere en su Título VII a la Responsabilidad, y en su artículo 62 establece en el inciso segundo: *“La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente.”*

Hay quienes veían en esa regla una explicación convencional del derecho francés, es decir, un sistema de responsabilidad propia, público y objetivo, que sería la tesis de Hernández, Soto Kloss y buena parte de la doctrina administrativa chilena<sup>6</sup>. En este sistema basta la ausencia del servicio y el daño para que haya responsabilidad, con prescindencia aun de los medios con que efectivamente contaba un determinado órgano para atender a sus funciones. Lo trascendente aquí es la víctima y no el agente generador de riesgo, por cuanto es el propio Estado el que reconoce y garantiza la integridad de la persona humana, como lo establece el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República. Se trata en suma de una responsabilidad constitucional y no meramente civil<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BARROS, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 483.

<sup>6</sup>CORDERO VEGA, L. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema” En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág. 57.

<sup>7</sup> Considerando 10° del fallo de primera instancia confirmado por el fallo causa Rol N° 1.768-2007 de la Excm. Corte Suprema N° “Monica Cancino Fuenzalida con I. Municipalidad de La Cisterna”.

Otros veían en él la reproducción de un sistema de culpa compatible con el sistema de responsabilidad del Código Civil<sup>8</sup>.

Continúa este desarrollo con la Constitución de 1980, que se encargaría de establecer en su artículo 6 la sujeción de los órganos del Estado a las leyes indicando que *los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella y, reconociendo además que la infracción a estas generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

El mismo cuerpo legal habilitará a los tribunales para conocer de la actividad administrativa y de las acciones por daños producidos por la Administración, y cualquiera que resulte perjudicado por el actuar de los órganos del Estado pueda recurrir a ellos para exigir la reparación correspondiente. Esto al fijar en el inciso 2° del artículo 38, 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.*

El siguiente texto normativo que desarrolla la responsabilidad administrativa en Chile, es la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dictada en 1986, (Ley de Bases), la cual señala en el artículo 4 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.*

Esa ley fija la naturaleza del régimen de responsabilidad aplicable a la actuación de la Administración en el artículo 42, señalando que *los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.*

---

<sup>8</sup>CORDERO VEGA, L. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema” En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág. 57.

De este modo, y como lo expone Enrique Barros “el más general de los ordenamientos administrativos del derecho chileno concede una acción de contenido patrimonial a cualquier persona lesionada en sus derecho por falta de servicio incurrida por los órganos de la Administración del Estado”<sup>9</sup>.

Raúl Letelier Wartenberg, en el la presentación que abre el libro “La Falta de Servicio“, un muy interesante trabajo en que varios autores se refieren a la materia desde diferentes perspectivas, comenta sobre las dudas que surgieron inicialmente en la discusión sobre el precepto constitucional que establece la responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad administrativa, *“(…) si antes podía existir alguna duda acerca de la consonancia entre las actuales reglas y la Constitución, dichas objeciones se han ido disipando con el tiempo. Tanto los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de La República como el artículo 38° inciso 2° de la misma carta hacen referencia a actos que infringen la Constitución o las normas dictadas en conformidad a ella, es decir, ambas normas se refieren a actos que infringen los deberes exigidos por la ley. En este sentido, que la responsabilidad extracontractual del Estado sea ante todo una responsabilidad por hechos contrarios al derecho queda reflejado en la historia fidedigna de gran parte de los preceptos que regulan este tipo de responsabilidad. Además del artículo 42 [antiguo 44] de la Ley de Bases, cuya apelación a la falta de servicio deja clara la necesidad de una contravención jurídica, sucede lo mismo con el referido artículo 38 inciso 2° de la Constitución o con el artículo 4° de la Ley de Bases. Respecto del primero de ellos, cabe señalar que en la sesión 410° de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, celebrada el 30 de agosto de 1978, se reconoció expresamente que la referida norma tuvo por finalidad establecer un principio de competencia de los tribunales llamados a conocer de las causas contencioso-administrativas [por un acto arbitrario o ilegítimo de la administración] como declaraba el Presidente de la Comisión, Sr. Ortúzar. Una afirmación similar se haría en la discusión del actual artículo 4° de la Ley de Bases cuando, indicándose que en ella se incluye la regla general sobre indemnización por los*

---

<sup>9</sup>BARROS, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 491.

*daños que cause la Administración, se expresaba que debe determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actúa con dolo o culpa".<sup>10</sup>*

Así, vemos en la historia fidedigna de la ley, que el legislador tuvo la intención de establecer un marco normativo claro, donde se responsabiliza al Estado por sus hechos, pero que también exige que se pruebe el actuar anormal del órgano por parte del que resultó lesionado en sus derechos (*...si ella actúa con dolo o culpa*).

Habiendo revisado los fundamentos normativos de la responsabilidad del Estado, la parte que sigue es el análisis en concreto de las sentencias que hemos seleccionado para referirnos al tema.

Estos fallos tratan de forma pertinente los elementos que configuran la falta de servicio en la actividad municipal y en los servicios médicos prestados por el Estado, y todo aquello que nos permita ver como se construye esta responsabilidad a través de las normas que se han dictado recientemente para regular este factor de imputación y mostrando cómo la jurisprudencia razona sobre ellos.

---

<sup>10</sup>LETELIER, R. (coord.) La Falta de Servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág. 2.

## **CAPITULO SEGUNDO. JURISPRUDENCIA SOBRE LA FALTA DE SERVICIO ATRIBUIDA A LA MUNICIPALIDAD.**

Queremos comenzar este capítulo haciendo un breve comentario de la sentencia que influyó la jurisprudencia desde 1981 en adelante en nuestro país, y que es considerada emblemática en la doctrina de jurisprudencia municipal. Nos referimos al caso de *María Tirado con Municipalidad de la Reina*.

Se demandó a la Municipalidad de La Reina para que indemnizara los daños sufridos por la demandante, con motivo de la caída de ésta a una excavación, situada a menos de dos metros del paradero de buses en la esquina de dos importantes arterias, y que se encontraba sin señalización de ninguna especie.

En la sentencia de primera instancia se dio lugar a la demanda contra la Municipalidad, y se la condenó a pagar indemnizaciones por daño emergente y por daño moral. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, deduciendo la Municipalidad de La Reina recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema rechazó el recurso indicando: "*Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la Responsabilidad Objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material*".

Desde ese fallo en adelante la tesis de la doctrina más influyente y de la jurisprudencia que la siguió, fue que el sistema de responsabilidad del Estado era de carácter objetivo o estricto, pues estaba pensado desde la perspectiva de la víctima que sufría el daño, y que la acción para hacerla efectiva era de carácter constitucional, de manera que no era necesaria su regulación en vía legal y, en consecuencia, era de carácter imprescriptible dada su condición de acción constitucional<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>CORDERO VEGA, L. "La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema" En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág 65.

En opinión de Pedro Pierry sobre el caso, podemos encontrar la idea principal sobre la discusión de si el sistema de la falta de servicio es de responsabilidad objetiva o subjetiva, y dice, refiriéndose a la confusión que existe sobre el asunto: *“Como el artículo 62 mencionado anteriormente requiere algo más que la mera causalidad material, ya que implica probar que el servicio funcionó mal o no funcionó, la Corte Suprema (...) seguramente calificó de objetiva la responsabilidad de la Municipalidad para distinguirla de la responsabilidad del Código Civil, que implica necesariamente la prueba de la culpa o dolo de las personas directamente responsables o de aquellas por las cuales se responde. Sería por lo tanto, objetiva en cuanto a que no hay que probar culpa o dolo de un individuo, que constituiría la responsabilidad subjetiva. En ese caso, como se observa, se trataría de un asunto de terminología”*<sup>12</sup>.

La falta de servicio involucró por bastantes años la discusión doctrinaria de la forma en que debía atribuírsele responsabilidad a la Administración, esto es, si operaba como un sistema de responsabilidad objetiva<sup>13</sup>, donde primaba probar la relación causal entre el hecho y el daño, o, concebido como un sistema de responsabilidad subjetivo donde, además de la relación de causalidad, debía probarse el actuar deficiente del órgano, como lo propone Pierry, quien habla de *la culpa del servicio*.

Así las cosas, concordamos con el comentario del profesor Cordero en orden a que la tesis objetiva fue sostenida en la jurisprudencia nacional hasta el año 2002, cuando la Corte Suprema varió su jurisprudencia en el caso **“Domic Bezic con Fisco (2002)”** en un fallo del Ministro Urbano Marín *“donde estableció las bases de su nueva jurisprudencia. Para la Corte, desde entonces, el sistema de responsabilidad del Estado no está regulado en la Constitución, este es un sistema que descansa en la falta de servicio y está sujeto a las reglas generales de prescripción del Código Civil. Tras esta sentencia la Corte no volverá al sistema de responsabilidad del Estado anterior, por el contrario, fue perfeccionando el de falta de servicio”*<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>PIERRY, P. “Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”. En <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/fa98d9c3-6088-45d5-8879-4fce7f7e939/3.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>13</sup> En este sentido el Profesor Eduardo Soto Kloss es uno de los reconocidos expositores en la materia.

<sup>14</sup>CORDERO VEGA, L. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema” En: LETELIER, W. (coord.) La falta de servicio. Santiago. Editorial AbeledoPerrot, 2012. Pág 66.

Veremos, en la jurisprudencia analizada más adelante, y más reciente, que sí existe una norma objetiva impuesta por el ordenamiento jurídico, en este caso a la Municipalidad en su calidad de órgano administrador, y que viene a obligarla a actuar de forma eficaz y eficiente en la ejecución del acto. Es decir, hay un mandato legal de ejecutar una función correctamente y un mandato legal que responsabiliza al órgano por los perjuicios que cause por cumplir esa función en forma, a vista del juez, deficiente.

Así, para comprometer la responsabilidad administrativa del Estado tendremos que probar que el servicio no actuó como debía, o, como es esperable que lo haga en base al *deber de cuidado* que le es exigido, y de cuya infracción se derivaría la responsabilidad estatal.

### **2.1 - Corte Suprema, Rol 5034-2008. Fallo de 8 de octubre de 2010. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Jacob.**

En estos autos, en juicio ordinario de indemnización de perjuicios, la demandada I. Municipalidad de Providencia, deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la de primer grado que la condenó a pagar a la actora las sumas de dos millones de pesos (\$2.000.000.-) por concepto de daño emergente y diez millones de pesos (\$10.000.000.-) por daño moral.

En este fallo la Corte plasma varias de las normas involucradas en este tipo de conflictos de deberes municipales, intenta, exitosamente a nuestro juicio, una exposición clara de cómo opera la falta de servicio en los hechos de autos.

Iniciamos el análisis de este fallo indicando primero que el recurso presentado consta de dos partes. La primera, tiene por objeto establecer la cadena de normas que harían responsable al SERVIU de la conservación, reparación y fiscalización de la vía pública, por lo que no resultaría legítimo condenar a la Municipalidad al pago de las indemnizaciones fijadas en la sentencia recurrida. Y la segunda, alega la infracción de normas reguladoras de la prueba, que la Corte desechó por estimar que no se configuraba y que no nos corresponde analizar.

Se traen los autos en relación y comienza el análisis de la Corte.

El recurrente denuncia la infracción de ley en torno a las disposiciones de diversos preceptos a los que la sentencia, supuestamente, no da cumplimiento:

- **Los artículos 1° y 38° de la Ley N° 8496**, de pavimentación comunal;
- **Artículos 8° y 32° del Decreto Supremo N° 323 de 1968**, que contiene el Reglamento Orgánico de las Corporaciones de Obras Públicas;
- **Artículo 26° del Decreto Ley N° 1305 de 1976**, que reestructura y regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, instituyéndolo como sucesor legal de las Corporaciones de Obras Públicas en el ámbito de su región;
- **Art. 1° del Decreto N° 355 de 1976**, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización;
- **Art. 2° de la Ley N° 18.290**, en cuanto define los conceptos de aceras y calzadas;
- **Art. 1° de la Ley N° 18.575**, Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado; y,
- **Art. 5° letra c) de la Ley N° 18.695**, Orgánica constitucional de Municipalidades.

El recurrente pretende que la Corte Suprema decida la irresponsabilidad de la I. Municipalidad, ya que visto su argumento dentro de la cadena legal propuesta sería el Servicio de Vivienda y Urbanismo el responsable de conservar, reparar y fiscalizar las vías públicas que están siendo reparadas o en las cuales se está ejecutando alguna obra.

En el considerando tercero la Corte se refiere a la forma en que el recurrente plantea la cuestión, expresando: *TERCERO: “Que destaca el recurso que el artículo 5 letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades es claro al preceptuar que la administración municipal de los bienes nacionales de uso público emplazados en la comuna es en la medida que esta administración no corresponda a otros órganos de la Administración del Estado; y siendo el Servicio de Vivienda y Urbanismo un órgano que detenta ese carácter y al cual se le ha encomendado específicamente, como se dijo (Los artículos 1° y 38° de la Ley N° 8496 de pavimentación comunal), tal cometido, era de su competencia velar por la pavimentación de aceras y calzadas.”*

El recurrente busca poner a la municipalidad en la situación de excepción que indica el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695; *“salvo que, en atención a su naturaleza o fines y*

*conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado”.*

Para el recurrente hacer que la Corte reconozca que la facultad de administración concedida al SERVIU, en su extensión y grado correspondiente, le impone también a este servicio la obligación, *incumplida*, de velar, inspeccionar y fiscalizar debidamente los pavimentos de aceras y calzadas, lo que significa que sería de su responsabilidad la comprometida en autos y no de la municipalidad, y de ahí la ilegitimidad de la pena impuesta al municipio.

En el considerando SEPTIMO se indican los hechos de la causa fijados por los jueces de la instancia:

- a) Que la actora, el día 17 de octubre de 2002 cerca de las 20:30 horas, mientras caminaba por una vereda de Av. Los Leones, cayó a un hoyo de 80 centímetros de diámetro y 90 centímetros de profundidad aproximadamente, no existiendo ninguna señalización de los trabajos que ahí se efectuaban soterramiento del tendido eléctrico aéreo, además de una deficiente iluminación artificial.
- b) Que el daño sufrido por la demandante fue consecuencia directa e inmediata de la caída sufrida y que ello sucedió por la falta de señalización y mala iluminación del sector, el cual se encontraba con trabajos de remodelación.
- c) Que la afectada se le diagnosticó fractura múltiple de tobillo y pie de su extremidad inferior derecha, debido a los cual debió implantársele como tratamiento médico placas internas, con la finalidad de reconstruir la articulación de tales partes de su cuerpo.

La forma en que la sentencia en alzada resuelve el asunto se encuentra en el considerando OCTAVO: *“Es sobre la base de estos hechos, y los preceptos legales invocados en su parte considerativa, cuya aplicación e interpretación se reprocha por el presente recurso en los términos que se han relacionado precedentemente, la sentencia recurrida estableció la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad demandada por falta de servicio constituida por la negligencia en la supervisión de las obras que se llevaban a cabo en el lugar donde ocurrió el accidente, la que resulta de no haberse exigido oportunamente la instalación de señalización necesaria que advirtiera de las irregularidades en la calzada destinada a tránsito peatonal; situación que acarreó como resultado las lesiones que*

*experimento la actora y que obliga al ente municipal demandado a asumir la reparación de los perjuicios de índole material y moral que de ello se ha seguido para dicha persona”.*

En su considerando NOVENO la Corte “(...) *estima conveniente iniciar el examen definiendo que tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 44 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo haber existido por serle impuesta por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que la existencia del daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que en esta clase de responsabilidad queda radicada en el incumplimiento de la actuación debida por parte del municipio condenado”.*

Luego, señala el fallo las normas consideradas como indispensables para decidir el asunto, en su considerando DECIMO:

**1) De la Ley N° 18.695 de 1986, Orgánica Constitucional de Municipalidades:**

- **Artículo 5 letra c)**, que confía al municipio la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna.
- **Artículo 26 letra c)**, que asigna a las municipalidades, por medio de la unidad de tránsito y transporte público, la función de señalar adecuadamente las vías públicas
- **Artículo 152 [antiguo 141]**, según el cual las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

**2) De la Ley N° 18.290 de 1984, de Transito:**

- **Artículo 94**, que establece la responsabilidad de las Municipalidades respecto de la instalación y mantención de la señalización del tránsito, salvo cuando se trate de vías cuya instalación y mantención corresponda al Ministerio de Obras Públicas.
- **Artículo 169 inciso 5°**, precepto que dispone que la Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con

ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.

- **Artículo 188 [antiguo 195]**, de acuerdo con el cual los inspectores municipales tomarán nota de todo desperfecto en calzadas y aceras a fin de comunicarlo a la repartición o empresa correspondiente para que sea subsanado.

En el UNDECIMO considerando, la Corte estima conveniente tener presente el citado artículo 5 letra c) como la causa legal de la responsabilidad municipal, puesto que es en virtud de esta disposición que *“les compete a las municipalidades la función y el deber de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su comuna”*.

*“A su vez-continúa el considerando en su párrafo segundo- “en lo concerniente a los hechos de esta Litis, la letra c) del artículo 26 del mismo texto legal le asigna a las municipalidades la función de señalar adecuadamente las vías públicas. Estas funciones y deberes, acorde con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 169 de la Ley N° 18.290 sobre Transito, solo pueden ser entendidas como el despliegue del cuidado y diligencia necesarias para la mantención y conservación de esos bienes con el fin de evitar daños a la integridad física y a los bienes de las personas, puesto que la municipalidad respectiva será civilmente responsable de los daños que se provocaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización (el énfasis es nuestro)”*.

*“En la especie, la falta de servicio atribuido a la Municipalidad de Providencia por la sentencia recurrida se construye sobre la base de no haber exigido de manera oportuna la implementación de la señalización que alertara a los peatones los trabajos que se llevaban a cabo en la calzada y los riesgos que ello importaba”*.

*“Esto es, no haber observado el municipio demandado precisamente las disposiciones antes referidas en cuanto lo obligaban a proporcionar un servicio que no presto o, al menos, que debió haber entregado de mejor forma”*.

Con lo anterior vemos como queda establecido un primer alcance sobre la forma de entender qué obligaciones le serían impuestas al ente municipal, en atención a las facultades que se le atribuyen en razón de su naturaleza propia dentro de la Administración.

Son estos tipos de límites y razonamientos los que queremos mostrar en este trabajo, principalmente por la importancia práctica que ofrece el poder ver cómo cada órgano puede incurrir en falta de servicio dependiendo de su naturaleza dentro de la administración del Estado o, en el contexto donde debe actuar y la forma en que se le obliga a ello según las normas vigentes. Resulta también importante tener en consideración las atribuciones que le son conferidas para el desempeño de su función y la relación que esas atribuciones tienen con la aplicación discrecional que el órgano municipal puede hacer de ellas en su actuar sobre el hecho dañoso.

Esta discrecionalidad se exige expresamente conforme expresa el siguiente párrafo al hacer referencia a la función general de cuidado que tiene la municipalidad.

En el considerando duodécimo la Corte se refiere a ciertas consideraciones generales que moldean la forma de entender la responsabilidad de autos y que integran el deber municipal haciendo referencia a *“la función general de cuidado que se le entrega a las municipalidades sobre las calles y veredas de su comuna, y como este debe ejercerse sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle a otros órganos públicos o a empresas concesionarias de servicios públicos respecto de instalaciones específicas”*.

El considerando DECIMO TERCERO determina que *“con las consideraciones anteriores se resta asidero jurídico a la argumentación de la recurrente que se funda en los preceptos legales invocados como transgredidos por la sentencia impugnada, en orden a que la inspección y fiscalización del estado de calles y aceras no le empecería a municipios por encontrarse tales tareas comprendidas en un ámbito de funciones que resultan exclusivas de los Servicios de Vivienda y Urbanización. Esta aseveración que sustenta el primer capítulo del recurso de casación en estudio, queda desvirtuada con la preceptiva citada en el fundamento decimo de esta sentencia, en razón de que tales normas hacen radicar en los entes municipales la exigencia de fiscalización del estado de calzadas y aceras, no siendo óbice para ello que ciertas reglamentaciones sectoriales en las que se asila la recurrente, instituyan una serie de obligaciones que también deben cumplir otros organismo públicos, pues la responsabilidad frente a los usuarios de esos bienes nacionales de uso público, recaerá igualmente en el gobierno comunal correspondiente al detentar esté la administración de los mismos y, particularmente, al asistirle la carga específica de*

*señalar las vías públicas, (el énfasis es nuestro) o poner en conocimiento de las reparticiones pertinentes las anomalías que detecte para que sean subsanadas, cometidos que no cumplió la demandada, lo que posibilitó el siniestro de la actora”.*

El considerando DECIMO CUARTO ahonda más sobre el deber de administración que recae sobre las municipalidades y vincula la norma que establece dicho deber en la Ley de Municipalidades, con otra norma de la Ley de Transito para darle más solidez al argumento: *“Que en efecto, aun cuando no le correspondiera a las Municipalidades la mantención y supervisión de las vías públicas de su comuna, de todas maneras no podría el municipio sustraerse de la responsabilidad que en este juicio se le reclama por la actora, dada la amplitud con que ha de entenderse, según se expresó, el deber de administración que le incumbe en relación a los bienes nacionales de uso público de que se trata. Ello teniendo especialmente en consideración lo expresado en el artículo 188 [antiguo 195] de la Ley N° 18.290, con arreglo al cual las Municipalidades tienen la obligación de advertir acerca de cualquier desperfecto que sus inspectores detectaren en las calzadas y aceras, y comunicarlo a la repartición o empresa encargada de repararla; obligaciones de mantención, cuidado y prevención cuyo carácter imperativo queda en evidencia, como se ha dicho, al establecerse en el artículo 174 [antiguo 169] inciso 5° la responsabilidad civil de las Municipalidades”.*

Termina la Corte por desestimar el recurso al concluir que el fallo recurrido no incurre en error de derecho, puesto que los jueces de la instancia alcanzaron una decisión en el sentido correcto al determinar que en el caso de autos la Municipalidad de Providencia incurrió en falta de servicio, puesto que incumbiéndole un imperativo legal, no ejerció el debido cuidado en la supervisión de los trabajos de remodelación de una de sus principales arterias donde cayó la transeúnte.

## Conclusiones

Terminando con este comentario, queremos subrayar que a lo largo de la sentencia, la Corte construye la forma en que debemos entender el deber que tiene la municipalidad de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados en su comuna, y cómo es claro que se está exigiendo que el órgano haya actuado deficientemente, al referirse, en el considerando noveno de la sentencia, a que *“la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa en los términos fijados en el artículo 44 del Código Civil”* al sostener que es necesario *“algún punto de imputación”*, está refiriéndose claramente a que la *culpa* del servicio debe ser acreditada en el actuar del órgano para atribuir responsabilidad a la Municipalidad.

Resulta interesante ver como a partir de las normas que hacen civilmente responsable a las municipalidades (las que obligan a los inspectores a tomar nota de los desperfectos y las normas que le confieren la administración de los bienes nacionales de uso público en su territorio), la Corte entiende que la municipalidad tiene la obligación de llevar a cabo la tarea de fiscalizar eficazmente las vías públicas para prevenir accidentes por desperfectos, y que dicha obligación tiene por objeto que el administrado pueda desarrollar su actividad normal sin esperar sufrir un perjuicio.

La jurisprudencia entiende que lo anterior se construye a partir del deber de cuidado que es impuesto a la Municipalidad por el artículo 5 letra c) de la Ley de Municipalidades y por la disposición del artículo 26 letra c) de la misma Ley. Ambas imponen deberes al municipio. Lo que se refuerza a su vez a su vez por lo dispuesto en los artículos 94 y 188 de la Ley de Tránsito.

La reparación, por su parte, se construye conforme el artículo 152 de la Ley de Municipalidades y al inciso 5° del artículo 169 de la Ley de Tránsito, normas que la responsabilizan por los daños que cause por falta de servicio.

**2.2 - Corte Suprema, Rol 5874-2009. Fallo de 8 de junio de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.**

En estos autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, la demandante deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que revocó la de primer grado que había acogido la demanda y condenado al municipio a pagar a la actora, por concepto de daño moral, la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000.-), decidiendo en su lugar rechazar la acción indemnizatoria por falta de legitimación pasiva.

Similar razonamiento al anterior sobre el deber de administración que le cabe a la municipalidad sobre los bienes nacionales de uso público nos entrega este fallo, al acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

El fallo de segunda instancia sostiene la cadena legal propuesta por la demandada y tiene por responsable al SERVIU respectivo de la infracción cometida, y por tanto de los daños causados.

La recurrente alega, conforme nos indica el considerando PRIMERO: *“Que el recurso atribuye a la sentencia que objeta la falta de aplicación del artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en cuanto le asigna a las Municipalidades la función de administrar los bienes nacionales de uso público, y haber desatendido lo preceptuado en los artículos 94 [antiguo 100] y 188 [antiguo 195] de la Ley N° 18.290 de Transito. Expone que estas últimas disposiciones establecen la obligación de la demandada de instalar y mantener la señalización en zonas urbanas y comunicar los desperfectos que los inspectores municipales observen en las calzadas y aceras a las reparticiones correspondientes, en este caso al Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU). Precisa que la obligación de este órgano del Estado solo dice relación con la reparación de la calzada, lo que no hizo porque jamás fue informado por el ente municipal de la existencia del bache en la intersección de las calles Pasaje 38 y Valparaíso en la Población Santa Adriana”.*

*“Sostiene que la sentencia recurrida argumenta respecto de quien debía reparar el bache u hoyo existente, en circunstancias que el asunto que fue planteado en esta litis se dirigía contra el responsable de no haber mantenido la señalización adecuada, como asimismo de no haber dado aviso al SERVIU para que procediera a su arreglo”.*

En el considerando SEGUNDO vemos como la actora entiende que su legítimo contradictor es la Municipalidad de Lo Espejo, sosteniendo que el inciso 5° del artículo 169 [antiguo 174] de la Ley 18.290 de Tránsito dispone: *"La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de una accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización"*. Y argumenta además que *"el fallo yerra al fundar su decisión en el artículo 11 de la Ley N° 8.946, sobre pavimentación comunal, en cuanto señala, en lo pertinente, que corresponderá a los servicios de vivienda y urbanización fiscalizar las obras de pavimentación(...)"*;continúa el considerando indicando que *"lo señalado en este último precepto, enfatiza la recurrente, no fue materia de autos, pues jamás ha estado en discusión a que organismo le corresponde la fiscalización de las obras, sino que lo reprochado es no haber instalado y mantenido la señalización que permitiera el desplazamiento seguro de los peatones"*.

En el considerando TERCERO la recurrente controvierte el fallo de segunda instancia por errónea interpretación del artículo 152 [antiguo 142] de la Ley N° 18.695 indicando que esta norma ha sido infringida desde que la sentencia cuestionada ha determinado que al municipio demandado no le asiste responsabilidad por falta de servicio ya que el legítimo contradictor sería el SERVIU respectivo.

Los hechos de la causa plasmados en el considerando CUARTO son los siguientes:

- a. Que el día 22 de agosto de 2003 la demandante, mientras transitaba en su bicicleta por el cruce de las calles Pasaje 38 y Valparaíso, en la Población Santa Adriana, perdió el equilibrio y cayó a consecuencia de un hoyo de grandes dimensiones que había en el lugar; producto de ello resulto con lesiones, consistentes en contusiones en la pierna derecha y en el área abdominal, lo que le provocó la reaparición de una

hernia que ya había sido operada en el año 2001. Además, lo anterior le generó un daño psicológico que se ha traducido en severas crisis de pánico.

- b. Que el mal estado del pavimento de la vía pública se presentaba desde hace varios años, sin ser reparado.

El considerando QUINTO se refiere al rechazo de la demanda indemnizatoria que hacen los jueces de segundo grado por inferir de la normativa contemplada en el art. 11 de la Ley N° 8946 que el legítimo contradictor era el SERVIU y no la Municipalidad de Lo Espejo.

El considerando SEXTO del fallo de la Corte expone sobre el concepto de falta de servicio y busca definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio, que es la misma consideración que se usa en el caso que ya vimos más arriba en esta exposición, por lo que puede resultar familiar, y dice: *"Si bien la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el art. 44 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo esta haber existido por ser impuesta por el ordenamiento jurídico"*.

Continúa el considerando, *"ello supone acreditar algo más que existencia del daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que en esta clase de responsabilidad queda radicada en el incumplimiento de la actuación debida por parte del municipio demandado (el énfasis es nuestro)"*.

El considerando SEPTIMO se refiere a la legislación aplicable para la correcta decisión del caso, que a su vez es similar a la que vimos en el caso anterior, pero que reproduciremos para mantener la claridad de nuestro análisis:

#### **A) De la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades:**

**A.1 El artículo 5 letra c)** confía a los municipios la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.

**A.2 El artículo 26 letra c)** asigna a las Municipalidades, por medio de la unidad de tránsito y transporte público, la función de señalizar adecuadamente las vías públicas.

**A.3 El artículo 152[antiguo 142]**, según el cual las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

**B) De la Ley N°18.290, sobre Tránsito:**

**B.1 El artículo 94 [antiguo 100]**, que establece la responsabilidad de las Municipalidades respecto de la instalación y mantención de la señalización del tránsito, salvo cuando se trate de vías cuya instalación y mantención corresponda al Ministerio de Obras Públicas.

**B.2 El artículo 188 [antiguo 195]**, de acuerdo con el cual *“Carabineros de Chile o Inspectores Municipales tomará nota de todo desperfecto en calzadas y aceras o en las instalaciones de servicios de utilidad pública que constaten en ellas, a fin de comunicarlo a la repartición o empresa correspondiente para que sea subsanado, bajo apercibimiento de denuncia al Juzgado de Policía Local correspondiente”*.

**B.3 El artículo 169 [antiguo 174] inciso 5°**, precepto en que se dispone que la Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.

El considerando OCTAVO tiene presente la función y el deber de administración que el artículo 5 letra c) de la Ley Orgánica de Municipalidades, le atribuye a estas sobre los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su comuna, relacionándolo también a la función de señalizar: *“A su vez, en lo concerniente a los hechos de esta litis, la letra c) del artículo 26 del mismo texto legal le asigna a las municipalidades la función de señalizar adecuadamente las vías públicas. Estas funciones y deberes, acorde con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 169 [antiguo 174] de la Ley N° 18.290 sobre Tránsito, solo pueden ser entendidas como el despliegue del cuidado y diligencia necesarias para la mantención y conservación de esos bienes, con el fin de evitar daños a la integridad física y a los bienes de las personas, puesto que la municipalidad respectiva será civilmente*

*responsable de los daños que se provocaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización”.*

*“En la especie, la falta de servicio atribuida a la Municipalidad de Lo Espejo por la recurrente se construye sobre la base de no haber implementado de manera oportuna la señalización que alertara a las personas que se desplazaban en el lugar del siniestro de la existencia de un importante desnivel en el cemento del cruce antes aludido y los riesgos que ello importaba”.*

*“Esto es, no haber observado el municipio demandado precisamente las disposiciones antes referidas en cuanto lo obligaban a proporcionar un servicio que no presto o, al menos, que debió haber entregado de mejor forma”.*

Continua el considerando NOVENO refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte que ya ha concluido que en casos similares al de autos le corresponde a los municipios la función general de cuidado sobre las calles y veredas situadas dentro de la comuna, la que *“debe ejercerse sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a otros órganos o a empresas concesionarias de servicios públicos respecto de instalaciones específicas”.*

El considerando DECIMO desvirtúa de la siguiente forma la argumentación según la cual le competiría al SERVIU el deber que le corresponde a las municipalidades: *“Que con las consideraciones anteriores se resta asidero jurídico a la conclusión de la sentencia cuestionada en orden a que la inspección y fiscalización del estado de las calles y aceras no le empecería a los municipios por encontrarse tales tareas comprendidas en un ámbito de funciones que resultan exclusivas de los Servicios de Vivienda y Urbanización. Esta aseveración queda desvirtuada con la preceptiva citada en el fundamento séptimo de esta sentencia, en razón de que tales normas hacen radicar en los entes municipales la exigencia de fiscalización del estado de calzadas y aceras, no siendo óbice para ello que ciertas reglamentaciones sectoriales -en las que se asila la sentencia objetada- instituyan una serie de obligaciones que también deben cumplir otros organismos públicos, pues la responsabilidad frente a los usuarios de esos bienes nacionales de uso público recaerá igualmente en el gobierno comunal correspondiente al detentar esta la administración de los mismos y, particularmente, al asistirle la carga específica de señalar las vías públicas*

*o poner en conocimiento de las reparticiones pertinentes las anomalías que detecte para que sean subsanadas, cometidos que no cumplió la demandada, lo que posibilitó el siniestro de la actora.*

En el considerando UNDECIMO vuelve la Corte a recalcar la importancia de entender que el deber de administración de los bienes nacionales de uso público conferido a las municipalidades en la Ley Orgánica Constitucional artículo 5° ha de entenderse en forma amplia, no pudiendo sustraer su responsabilidad del caso de autos. Vincula esta amplitud a la obligación de las municipalidades de advertir acerca de cualquier desperfecto que sus inspectores detectaren en las calzadas y aceras y comunicarlo a la repartición o empresa encargada de repararlas conforme ordena el artículo 188 de la Ley N° 18.290.

La Corte concluye su razonamiento en el considerando DUODECIMO estableciendo que la Municipalidad de Lo Espejo incurrió en el caso de autos en falta de servicio, puesto que incumbiéndole un imperativo legal, no ejerció el debido cuidado frente a la grave anomalía que presentaba una de las intersecciones de calles situada en una de las poblaciones más importantes de esa comuna.

Luego, tiene por acogido el recurso de casación en fondo interpuesto contra la sentencia de diecisiete de julio de dos mil nueve, que queda anulada y dicta sentencia de reemplazo que confirma la sentencia apelada de veintiocho de enero de dos mil nueve, que condena a la demandada al pago de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos) por concepto de daño moral.

### Conclusiones

Vemos cómo la Corte entiende que el deber de administración de los bienes nacionales de uso público impuesto a las municipalidades las hace responsables de actuar con la diligencia debida para prevenir daños a los particulares, y reafirmamos la idea conforme a la cual, no porque se le asigna una función similar a otro organismo del Estado, esto pueda funcionar como argumento para excluir la responsabilidad que le compete al órgano municipal.

La obligación de administración que tiene la municipalidad sobre las aceras y calzadas debe entenderse en el sentido amplio, en base a los establecido por los artículos 5 letra c) y 26 letra c) de la Ley de Municipalidades y de las disposiciones especiales de la Ley de Tránsito, específicamente desde el deber de señalizar adecuadamente impuesto por el inciso 5 del artículo 169.

Por lo tanto, el deber de la municipalidad en los hechos de autos se desprende de su deber de fiscalización y señalización sobre los desperfectos en la vía pública, y más ampliamente del deber de administración que la ley le impone sobre los bienes nacionales de uso público de su territorio, específicamente en el caso de autos, las aceras y calzadas.

**2.3 - Corte Suprema, Rol 5608-2009. Fallo de 23 de agosto de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.**

En el caso de autos sobre juicio de indemnización de perjuicios, la demandada, la Municipalidad de Chillán, interpone recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de esa ciudad que revocó el fallo de primera instancia y acogió la demanda que la condena a pagar a doña María Angélica Díaz Gallegos la suma de \$2.500.000 por concepto de indemnización de perjuicios a título de daño moral.

La actora sufrió un accidente por la falta de señalización de un desperfecto de la vereda, y la Municipalidad alega en el recurso "*que no ha incurrido en falta de servicio por cuanto las acciones de reparación y conservación de aceras y la señalización de sus desperfectos no constituye una obligación de las Municipalidades. Explica que le corresponde a los Servicios de Vivienda y Urbanismo, en su calidad de sucesores legales de la Corporación de Obras Urbanas y de la ex Dirección General de Pavimentación, el estudio y elaboración de todos los proyectos de las nuevas obras de pavimentación y repavimentación de calzadas y aceras, así como los trabajos de reparación y conservación de las mismas. Agrega que el artículo 16 letra j) de la Ley N° 19.175 establece como función específica de los Gobiernos Regionales la construcción, reparación, conservación y administración en las áreas urbanas de las obras de pavimentación de aceras y calzadas, contemplado en la Ley de Presupuestos los fondos por este concepto. En el mismo sentido,*

*indica que el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695 hace cesar la administración de las municipalidades de los bienes de uso público en caso en que la función ha sido entregada al SERVIU, como ocurre en la especie”.*

*“Afirma además que se infringieron los artículos 3, 99 y 118 de la Ley N° 18.290, ya que a raíz de una interpretación amplia de los artículos 3 y 22 de la Ley N° 18.695 se concluyó que existe obligación municipal de señalar los desperfectos en las aceras, en circunstancias de que no existe una norma impartida por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que establezca la forma como las Municipalidades deben señalar los desperfectos detectados en las aceras y calzadas que no provengan de la realización de trabajos que se estén realizando en ellas”.*

*Alega también la Municipalidad demanda “que se vulneraron los artículos 152 [antiguo 141] de la Ley N° 18.695 y 42 [antiguo 44] de la Ley N° 18.575, al efectuar la sentencia una calificación jurídica errónea de los hechos y establecer la responsabilidad por falta de servicio pese a que no existe una obligación legalmente incumplida o cumplida en forma deficiente o tardía. Indica que dicha determinación requería de un análisis y calificación de la magnitud o gravedad del obstáculo o desnivel causante de la causa y la data de su existencia, haciendo presente que se tuvo por establecida la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño obviando el hecho que un desnivel de 5 centímetros no es un escollo imposible de salvar sin mediana inteligencia”.*

*Los hechos de la causa se exponen en el considerando TERCERO: “Que los jueces del fondo establecieron que la demandante, doña María Angélica Díaz Gallego, el 20 de septiembre de 2008, mientras caminaba por la acera oriente de calle Arauco, en Chillan, cayo debido al desnivel de la calzada -cuyas características se ilustran en las fotografías de fojas 44 y 45- producto de la falta de baldosas, sin que existiera señalización de dicho desperfecto y sufriendo a consecuencia de ello una fractura en su tobillo derecho (considerandos quinto y sexto de la sentencia de segunda instancia)”.*

*En el considerando CUARTO, la Corte explica las consideraciones de los sentenciadores de segunda instancia para acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia de primera instancia que rechazaba la demanda: “Que sobre tales hechos y entendiendo como*

*suficientemente justificada la lesión de la actora los jueces del fondo acogieron la demanda por estimar que, de acuerdo al artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695, entre las atribuciones esenciales que tienen las municipalidades para el cumplimiento de sus funciones está la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza y fines, y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado. Así concluyeron que siendo las calles bienes nacionales de uso público, según lo establecido en el artículo 589 del Código Civil, su administración necesariamente le corresponde al municipio respectivo, y que esta obligación no desaparece en presencia de la normativa que la demandada invoca, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 169 [antiguo 174] de la Ley N° 18.290, que indica que cada Municipalidad o el Fisco son responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización”.*

En este fallo, redactado por el Ministro Sr. Pierry, se establece la responsabilidad que le cabe a las Municipalidades sobre la señalización, reparación y conservación de los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de la comuna en base al deber de administración que le compete, y así, en el siguiente considerando, la Corte no da razón a la Municipalidad en la parte de su alegato que afirma que no está obligada a ello, de la siguiente forma (sin pronunciarse acá sobre la entidad material del desperfecto): *“Que entrando al análisis del recurso, cabe consignar que la Municipalidad demandada hace consistir en error denunciado en el hecho que no existe obligación de parte del municipio en la conservación de las vías de circulación y en la señalización de desperfectos, al no haber norma que establezca la forma como deben señalizarse estos, por lo que no se ha incurrido en la falta de servicio. Además estima que en la especie no existe tal falta en consideración a la entidad del desnivel que causo la caída de la actora y que no se ha establecido la relación de causalidad entre el hecho atribuido a la demandada y el daño invocado. Preciado lo anterior, debe desecharse desde ya la concurrencia de error en lo que dice relación con el establecimiento de la obligación del municipio de mantener las vías públicas en condiciones de servir para el desplazamiento seguro y de instalar y mantener la señalización del tránsito en las zonas urbanas y comunicar los desperfectos*

*que se observen en las calzadas, por cuanto en este punto los jueces del grado han dado correcta aplicación a las normas invocadas en la sentencia, no estimándose admisibles las razones que invoca el municipio para desentenderse de esta obligación que pesa sobre él”.*

Habiéndose pronunciado sobre las consideraciones jurídicas que invocaba el municipio para alegar su irresponsabilidad en los hechos, y desechando su argumento en esa parte, la Corte continua analizando el recurso en base a los hechos establecidos en la causa, delimitando su análisis conforme nos indica el considerando SEPTIMO. Pero antes, se refiere, en el considerando SEXTO al argumento que invocara para pronunciarse sobre el recurso y acogerlo, de la siguiente forma: *“Que, sin embargo, debe analizarse si frente a los hechos que se han dado por establecidos ha existido una falta de servicio que haga responsable a la Municipalidad demandada. Para lo anterior debe tenerse presente que, frente a una situación fáctica establecida, la determinación que se haga de ella como constitutiva de falta de servicio implica necesariamente una calificación jurídica, que queda por tanto comprendida dentro del control de casación”.*

SEPTIMO: *“Que como es sabido, la falta de servicio debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración en este caso a la municipalidad, y así se incurre en falta de servicio cuando el ente administrativo no actúa debiendo hacerlo, actúa mal o no como se espera de él, o actúa en forma tardía. En el caso de autos la cuestión consiste en determinar si la existencia del desnivel no señalado que había en la calle Arauco de Chillan, ilustrado por las fotografías de fojas 44 y 45, constituye falta de servicio, esto es, si era esperable que la Municipalidad hubiese debido advertir acerca de la existencia del desperfecto”.*

Y continua pronunciándose en el mismo considerando: *“Al respecto estos sentenciadores estiman que, **dada la envergadura que reviste el desnivel, no hay responsabilidad extracontractual de la Municipalidad demandada, pues es evidente que se trata de un mínimo desnivel o desperfecto propio e inherente a todas las calles o aceras (el énfasis es nuestro)”.***

Por último, ahonda en el considerando OCTAVO un poco más respecto de la **entidad material** del desperfecto, que debe ser necesaria para establecer el vínculo causal: *“Que el*

*ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o que la ausencia de un número significativo de baldosas sea reparado prontamente y debidamente comunicado a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que espere que incluso desperfectos mínimos, como el que muestran las mencionadas fotografías, deba ser reparado y advertido inmediatamente por la Municipalidad, razón por la cual dicha omisión no constituye falta de servicio".*

Interesante resulta la forma de fallar de la Corte, ya que desecha la argumentación del municipio pero considerando la entidad material del desperfecto y no la cadena legal propuesta por éste, y como ya habían fijados los hechos los sentenciadores de la instancia, acoge el recurso de la siguiente forma en el considerando NOVENO: *"Que así las cosas, al haberse efectuado una errónea calificación jurídica de los hechos de la causa por cuanto se estimó como falta de servicio una situación que no lo era, los magistrados de la instancia aplicaron erróneamente lo dispuesto en el artículo 152 [antiguo 141] de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades relativo a la falta de servicio y ello amerita que la sentencia impugnada sea anulada, por cuanto el error en que se ha incurrido ha tenido influencia sustancial en lo resuelto".*

Así, la Corte estima que se aplicó erróneamente por la Corte de Apelaciones de Chillán el artículo 152 [antiguo 141] de la Ley Orgánica de Municipalidades relativo a la falta de servicio y anula la sentencia impugnada, y resultando así condenada la Municipalidad al pago de \$2.500.000.- (dos millones quinientos mil pesos) por concepto de daño moral. Y refiriéndose en la sentencia de reemplazo a la entidad necesaria del hecho para producir el daño, que traducimos a continuación.

*Sentencia de reemplazo.*

*"1°) Que para que la Administración sea responsable por falta de servicio es necesario que la falla en el funcionamiento que se le atribuye tenga la entidad necesaria para producir perjuicio al administrado y que se acredite que solo es esa la causa de tales perjuicios.*

*2°) Que en la especie la no instalación de ocho baldosas en una vereda no es constitutiva por sí de una falta de servicio por parte de la Municipalidad, toda vez*

*que el desperfecto señalado no reúne la entidad necesaria para que surjan las obligaciones que pesan sobre esta.*

*3º) Que de esta manera, al no ser exigible un determinado comportamiento al ente municipal, no puede atribuírsele una falta de servicio que le obligue a indemnizar a la actora en la forma como lo establece el artículo 152 [antiguo 141] de la Ley Orgánica de Constitucional de Municipalidades, por lo que la demanda debe ser desechada".*

### Conclusiones

No puede excluirse la responsabilidad de la municipalidad alegando que la reparación debe ser cubierta por el organismo que indica el artículo 16 letra j) de la Ley N° 19.175, que establece como función específica de los Gobiernos Regionales la construcción, reparación, conservación y administración en las áreas urbanas de las obras de pavimentación de aceras y calzadas, contemplado en la Ley de Presupuestos los fondos por este concepto.

La entidad material del desperfecto debe tener la idoneidad adecuada, es decir debe revestir la envergadura suficiente para comprometer la responsabilidad de la Municipalidad. Así, *el ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o que la ausencia de un número significativo de baldosas sea reparado prontamente y debidamente comunicado a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que espere que incluso desperfectos mínimos, como el que muestran las mencionadas fotografías, deba ser reparado y advertido inmediatamente por la Municipalidad.*

#### **2.4 - Corte Suprema, Rol 2787-2008. Fallo de 15 de octubre de 2009. Tercera Sala. Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Mauriz.**

En estos autos de juicio sumario de indemnización de perjuicios, la demandada I. Municipalidad de San Ramón, deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que confirmó la de primer grado

con declaración que la indemnización por daño moral a que queda condenada a pagar se eleva a la suma de \$4.500.000.- (cuatro millones quinientos mil pesos).

Este recurso intenta un alegato similar al anterior, donde la entidad material del desperfecto juega un rol importante pero con un resultado diferente.

El recurrente centra su argumento en que *“de las normas transcritas es posible colegir que solo la falta o inadecuada señalización oficial es la que puede ser constitutiva de la falta de servicio municipal que refiere el artículo 169 [antiguo 174] de la Ley de Tránsito o de la falta genérica de servicio que contempla el artículo 152 [antiguo 141] de la Ley Orgánica de Municipalidades. Y toda vez que no existe una señal oficial cuyo objeto sea la de avisar de la existencia de baches u “hoyos” en la calzada o acera, entonces, mal podrían las municipalidades inventar e instalar esa clase de señales. De ello se sigue que la obligación municipal de señalar adecuadamente las vías públicas está acotada a la señalización oficial determinada por el Ministerio de Transportes, estándoles incluso prohibida la instalación de señales que no reúnan esa calidad, entre las cuales se halla precisamente la advertencia a que pretende obligar el fallo recurrido”*.

Los hechos constatados en autos están indicados en el considerando TERCERO:

- a. Que el día 2 de septiembre de 2004, mientras el demandante, Luis Godoy Villouta, circulaba en bicicleta por calle Carlos Dávila, antes de llegar a la intersección con calle Paraguay, la rueda delantera del móvil cayó a un bache existente en la calzada, lo que provocó la caída del actor.
- b. Que con motivo de esa caída, el demandante se golpeó la frente y sufrió un traumatismo encéfalo craneano cerrado, debiendo permanecer siete días internado en el Servicio de Neurología del Hospital de Carabineros y luego bajo licencia médica por tres meses.
- c. Que el demandante quedó con secuelas físicas producto de dicho accidente, específicamente con un desequilibrio al caminar.

El considerando CUARTO se refiere a los razonamientos de la sentencia recurrida para establecer la responsabilidad de la Municipalidad: *“La sentencia recurrida estableció la*

*responsabilidad extracontractual de la Municipalidad demandada, por falta de servicio, la que tiene por configurada al no haber señalado en el sitio de la calzada donde ocurrió el accidente, la existencia de un hoyo o bache en ella, advirtiendo el peligro que representaba a quienes por allí circulaban; situación que acarreo como resultado las lesiones que experimento el demandante Godoy Villouta y que obliga al ente municipal demandado a asumir la reparación de los perjuicios de índole moral que de ello se han seguido para dicha persona”.*

Se hacen indicaciones respecto de cómo entender la falta de servicio en el considerando QUINTO: *“Que precisada de la manera antes referida la cuestión de hecho implícita en la controversia, resulta conveniente iniciar este examen por definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien, la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 44 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo esta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basara en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado”.*

En el considerando OCTAVO, la Corte plantea la cuestión de la señalización adecuada y a la entidad material necesaria: *“Que en el caso sub lite ha de plantearse la cuestión relativa a que debe entenderse por una señalización adecuada. Esta última estará determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca a municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto de la esquina en que ocurrió el siniestro que motiva la acción indemnizatoria de estos autos”.*

En específico, se refiere a la entidad material en el considerando NOVENO: *“Que las fotografías de aquel sitio en que cayó la bicicleta en que transitaba el demandante y que rolan a fojas 24 y 25, no permiten constatar que en la vía pública en cuestión hubiere un*

*deterioro de tal entidad que ineludiblemente iba a ocasionar perjuicios de gravedad a alguno de los transeúntes, esto es, no constituía tal imperfección una fuente real y concreta de peligro para los usuarios de esa vía pública".*

La Corte razona de esta forma y en el considerando DECIMO del fallo nos plantea cómo considera que la Municipalidad no sería responsable en los términos que la responsabilizan los jueces del grado, ya que *"en este caso no se advierte que la ausencia de señalización de parte del municipio previniendo de ese defecto en el pavimento, dadas sus características, constituya un hecho grave, riesgoso que hubo de exponer a serias consecuencias a todo aquel que hubiera circulado por ese lugar".*

Pero es en el considerando UNDECIMO que la Corte viene a decidir sobre el recurso y vemos que un error en la argumentación planteada en el recurso hace que la Corte deba desecharlo. Ello, al no referirse el recurso a la entidad material suficiente que debe revestir el desperfecto para comprometer la responsabilidad de la Municipalidad, es decir no controvierte la entidad material del desperfecto como insuficiente para hacer surgir la responsabilidad municipal, y sólo se limita a argumentar sobre la señalización oficial y a quién corresponde la obligación de señalar. Así, la Corte resuelve: *"Que no obstante lo señalado precedentemente, el recurso de casación solo denuncia como error de derecho el alcance que la sentencia le da a la obligación de los entes municipales de señalar adecuadamente las vías públicas, la cual, según el recurso, se reduce a la señalización oficial de la que no forma parte aquella que advierta de desperfectos en las calzadas, de modo entonces que no existiría el incumplimiento que reprochan los sentenciadores del fondo. Pero tal alegación carece de asidero jurídico, puesto que a las municipalidades les compete la función y el deber de administrar los bienes nacionales de uso público dentro de su comuna, a cuya categoría pertenecen las calles, según el artículo 589 inciso 2° del Código Civil, función y deber que ha de traducirse en desplegar el cuidado y diligencia necesarias para la mantención y conservación de esos bienes."*

Y concluye, *"Por lo tanto, al no incluirse como error de derecho la calificación de falta de servicio a hechos que no suponían un mal funcionamiento del municipio condenado en atención a las razones antes precisadas, el recurso de casación intentado no puede*

*prosperar y habrá de ser desestimado".* Así, el municipio resulta condenado al pago de \$4.500.000.- (cuatro millones quinientos mil pesos) por concepto de daño moral.

### Conclusiones

La municipalidad no puede excusarse de su deber de señalar argumentando que es responsabilidad del Ministerio de Telecomunicaciones el proporcionar la señalización adecuada, ni mucho menos alegar que al no contar con la señalización debidamente autorizada se dejó de cumplir con este deber de señalización.

Por otra parte desde el punto de vista de la defensa de la Municipalidad, se debe consignar en el alegato prueba suficiente para poder acreditar que el desperfecto no tenía la entidad material suficiente para comprometer la responsabilidad del órgano municipal, y aun más, es menester controvertirlo como hecho constitutivo de falta de servicio. De lo contrario, la Corte no podrá enervar la responsabilidad que le compete a la Municipalidad por el hecho.

#### **2.5 - Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 849-2010. Fallo de 6 de mayo de 2011. Primera Sala. Integrada por los señores Ministros titulares Sr. Raúl Mera Muñoz, Sr. Miguel Vázquez Plaza y abogado integrante Sr. Juan Guillermo Briceño Urrea.**

En este fallo se ve la aplicación tajante de lo ordenado por el artículo 94 de la Ley N° 18.290 de Tránsito, en un accidente de un automóvil que cae a un paso bajo nivel inundado con resultado de muerte de su conductor. El fallo de primer grado acoge la demanda en contra de la Municipalidad de Rancagua y la demandada busca la revocación del fallo con una argumentación similar a la que hemos analizado estamos viendo pero agrega un punto adicional. Primero, dice que no existiría falta de servicio de la Municipalidad, porque no era ella la obligada jurídicamente a señalar en la vía pública el peligro que afrontaban los conductores por el anegamiento del paso bajo nivel. Segundo, afirma que no habría relación de causalidad entre esa falta de señalización y el daño, porque la muerte se produjo por negligencia de los rescatistas.

Sobre el asunto, la Corte de Apelaciones dice: “2.- *Que la falta de servicio de la Municipalidad de Rancagua es clara y deriva, primero de la norma contenida en el actual*

*artículo 94 de la Ley de Tránsito, que impone a la Corporación el deber de instalar y mantener las señalizaciones del caso. No estamos aquí en la hipótesis de excepción que la regla contiene, porque la calle en si no estaba entregada para su mantención al Ministerio de Obras Públicas, aunque si lo estuviera la evacuación de sus aguas lluvia. Del artículo 95 de la misma Ley aparece, también, que las Municipalidades tienen facultades para instalar barreras en las calles, que era lo que había que hacer si se sabía que con la lluvia el paso se inundaba. El artículo que actualmente lleva el número 169, en su penúltimo inciso, hace responsable a los municipios, o al Fisco en su caso, de los daños que se causen por el mal estado de las vías o por falta de señalización. La referencia a uno u otro organismo tiene que ver con quien sea el obligado y, en el caso de la señalización, que incluye la de bloqueo de paso, la responsabilidad es del municipio, porque se trataba de una calle de la comuna, que no estaba entregada, en cuanto tal vía, al Ministerio de Obras Públicas, como ya se dijo. Tan cierto es esto, que fue precisamente la Municipalidad de Rancagua la que instaló, después del hecho que juzgamos, un letrero señalizador”.*

*Agrega otro precepto a sus fundamentos: “Que, por lo demás, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 26 letra c) le entrega perentoria y exclusivamente a los municipios la obligación de señalar las vías públicas de la comuna. De este modo, aún si el Ministerio de Obras Públicas hubiere estado también obligado, por la norma de la Ley de tránsito, eso no eximia a la demandada de su propio deber de señalar la calle, bloqueándola, si el circular por ella constituía un peligro”.*

*“Como se dijo en el fallo de primer grado, el peligro era conocido por la autoridad local, pues según consta en la testimonial, el paso siempre se inundaba. Es decir, bastaba que lloviera copiosamente para que la Municipalidad supiera que se produciría un serio peligro que obligaba a acudir de inmediato a bloquear la calle con las señales respectivas. Sin perjuicio, aún antes de esperarse la lluvia debió existir un claro y visible letrero que avisara a los conductores de la imposibilidad de transitar por esa vía en caso de precipitaciones, por la magnitud de las inundaciones que ahí se generaban. Nada de eso existió, y con esa omisión doble se infringieron las normas ya citadas, generándose una evidente falta de servicio de parte de la demandada”.*

El sentenciador, primero presentando la cadena legal que fundamente la obligación de la Municipalidad de señalar y de bloquear una calle, y, seguidamente refiriéndose a la forma en que ocurrieron los hechos, atribuye *una forma* de actuar a la Municipalidad que no es considerada apropiada de acuerdo a las circunstancias, y que contraviene, *evidentemente*, el deber del órgano de señalar adecuadamente un peligro en una vía pública de la comuna.

En específico se refiere a la relación de causalidad en el CONSIDERANDO numero que expresa; “5) *Que tampoco es efectivo que falte aquí la relación de causalidad. En primer término, la conductora fallecida no es la responsable del hecho, ni consta siquiera que se expusiera imprudentemente al daño. Conforme a los documentos de fojas 124 y siguientes y a los testimonios de fojas 91 y 92, el hecho ocurrió en la noche (madrugada) de un día de julio, obviamente lluvioso, de forma que de modo alguno consta que tuviera la visibilidad suficiente como para apreciar y cuantificar la profundidad de la poza que enfrentaba, y de ese modo comprender el peligro que la asechaba. En cuanto a supuestos errores técnicos en el rescate, más allá de que ellos tampoco consten, pues no hay pericial al respecto y no se sabe con qué elementos técnicos trabajaban, respecto de un automóvil ya sumergido, como aparece en fojas 126, de todas suertes es evidente que suprimido en hipótesis el descuido municipal y bloqueada la calle, el móvil no habría llegado a la poza y la muerte no se hubiera producido. Las maniobra de rescate, aun si no hubieren sido efectuadas de la mejor manera, no pueden eliminar la causa primera de todo el suceso, que es precisamente la falta de servicio municipal, ni puede la demandada excusarse culpando a terceros que intervienen posteriormente para tratar de evitar las inminentes consecuencias de aquella falta, aunque esa intervención no resultara eficaz”.*

La Corte confirma la sentencia apelada de veinte de mayo de dos mil diez, con declaración de que se eleva a \$40.000.000.- (cuarenta millones de pesos) la suma que por concepto de daño moral deberá pagar la Municipalidad demandada a cada uno de los actores, esto es, en total la cantidad a pagar asciende a \$120.000.000.- (ciento veinte millones de pesos).

La Municipalidad deduce recurso de casación en el fondo pero la causa termina por conciliación en la que la Municipalidad se compromete al pago de \$80.000.000.- (ochenta millones de pesos).

## Conclusiones

El resultado dañoso producido por una contravención al deber de señalizar es producto del actuar deficiente del órgano municipal, y no puede eximirse de su responsabilidad en el hecho alegando que otro organismo que debía actuar sobre la situación de emergencia, como es el caso de los rescatistas, no funcionó como debía y producto de eso el resultado fue perjudicial para el administrado.

Es decir, si el incumplimiento de la obligación de señalizar acarreó la muerte para el administrado, la responsabilidad de la Municipalidad encuentra su fundamento en su propio actuar anormal, independiente de que el resultado hubiese dependido de otro órgano con una finalidad distinta, como en el caso de autos, el de rescate.

### **2.6 - Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 1081-2007. Fallo de 28 de marzo de 2008. Redacción del Sr. Ministro Carlos Aranguiz Zúñiga**

Este fallo también viene a referirse a la materia en análisis y entiende que la obligación impuesta a los Gobiernos Regionales no excluye la de la Municipalidad con respecto al deber de señalización.

Señala refiriéndose al recurso interpuesto por la Municipalidad: *“1º) Que en la especie la responsabilidad civil hecha valer ante el juez del grado tiene su fuente en la falta de cuidado o diligencia que debió emplear el municipio involucrado en mantener o reparar una vereda, que los antecedentes del juicio demuestran que ha estado en mal estado aproximadamente un año y medio, y que fue la causa precisa y directa del accidente que lesionó a la actora. Dicha responsabilidad se encuentra consagrada genéricamente en el artículo 4º de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que señala: 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 pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado; y en lo específico, en el artículo 151 [antiguo 141] de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades, que establece: Las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”.*

*“2º) Que si bien es cierto que el artículo 16 de la Ley N° 19.175 en su letra j) confiere a los Gobiernos Regionales, el deber, entre otros, de construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, ello no excluye la obligación directa de los municipios, de acuerdo al artículo 5º de la ley orgánica ya aludida de administrar directamente los bienes nacionales de uso público, dentro de cuyas funciones mínimas se encuentra el de avisar a los usuarios de los peligros en la circulación pública (sobre todo si son de antigua data), adoptar las medidas más urgentes para atenuar los riesgos implícitos y dar aviso concluyente al órgano a cargo de suministrar los fondos para su reparación, todo lo cual no solo no aparece efectuado en este caso, sino que ni siquiera ha sido esgrimido de parte del municipio emplazado”.*

Luego, se refiere el fallo al daño moral procedente y su cuantificación y termina por revocar la sentencia de primera en la parte que condenaba en costas al municipio y confirma en lo demás el fallo.

Vemos como el sentenciador tiene absoluto convencimiento de la forma en la que debe entenderse el deber de administración de los bienes nacionales de uso público que recae sobre la Municipalidad y cómo un argumento de irresponsabilidad, fundado en que *son otros* los órganos en que recae esta obligación, no tiene futuro en estos casos.

Otros fallos más recientes sobre el mismo asunto serán analizados en la parte que sigue y podremos ver cómo la Corte Suprema sostiene de forma categórica los fundamentos de sus fallos y nos deja con la claridad suficiente en la forma que debemos entender la falta de servicio en el desarrollo de los deberes de las municipalidades, específicamente en el deber que les cabe en la administración de los bienes nacionales de uso público, por el mandato administrativo que se les confiere por el artículo 5 letra c) de la Ley N°18.695, Orgánica de Municipalidades.

Nos ha resultado interesante constatar cómo este deber de administración, si es incorrectamente ejercido por las municipalidades, conlleva un gran número de causas que buscan la indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra de las municipalidades. Hemos visto, también cómo un gran número de recursos de casación se intentan fundados en falta de servicio atribuida a la municipalidad por daños sufridos en la

vía pública con ocasión del incumplimiento del deber de fiscalización y señalización que le corresponde a las municipalidades a través de sus inspectores, y los daños que se producen como consecuencia de la inadecuada ejecución de este deber.

Comentaremos ahora jurisprudencia reciente que trata sobre esta materia, principalmente fallos pronunciados a fines del 2015, y que creemos vienen a sentar con contundencia los criterios de la Corte Suprema sobre cómo se debe tratar la materia actualmente.

### **2.7 - Corte Suprema, Rol 6675-2015. Fallo de 16 de noviembre de 2015. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.**

En estos autos, caratulados “Troncoso Rodríguez Soledad con Municipalidad de Concepción”, sobre indemnización de perjuicios por falta de servicio, se dictó sentencia de primera instancia que acogió la demanda deducida en la que se condeno a la Municipalidad demandada (con costas) al pago de \$3.000.000.- (tres millones de pesos), sentencia contra la que se deduce recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Concepción, quien la confirma mediante sentencia de cinco de enero de dos mil quince.

En contra de esta última decisión la demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

De este recurso solo nos interesa lo que diga relación con la imputación de responsabilidad por falta al deber de cuidado de aceras y calles, que según el recurrente recae en el SERVIU y no en la municipalidad, por lo que sólo reproduciremos las partes de fallo que se refieran a esta materia.

En el considerando PRIMERO: *“Que en un primer capítulo la recurrente denuncia la existencia de vicios que influyen en la desestimación de la excepción de falta de legitimidad pasiva y al respecto sostiene que el fallo prescinde de la aplicación del artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695; del artículo 16 letra j) de la Ley N° 19.175; del artículo 171 de la Ley de Transito N° 18.290; de los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República; de los artículos 19 a 24 del Código Civil y, por último, del artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 18.575.*

Continua el considerando PRIMERO con el argumento del recurrente en torno a los preceptos legales que estima transgredidos con la sentencia que acoge la demanda: *“Así, aduce que a la fecha de ocurrencia del accidente la normativa vigente y su interpretación lógica y sistemática hacia responsable a otro órgano del Estado – específicamente al Gobierno Regional – de la reparación de las aceras y no a los municipios, de lo que se sigue que el fallo vulnera el artículo 171 de la Ley N° 18.290, puesto que si el encargado de tal reparación es un órgano distinto de la Municipalidad y si la causa directa del accidente sufrido por la actora es la falta de arreglo de la calzada, no existe responsabilidad de su representada. En consecuencia, asevera que no ha existido falta de servicio de su parte puesto que el deber de conservación de las aceras recae sobre los Gobiernos Regionales y no en los municipios”.*

*“Estima vulnerados los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, que establecen el principio de legalidad, ya que se hace responsable a las Municipalidades de una función encomendada expresamente a otro órgano de la Administración, cuál es la de reparar las aceras, lo que resulta especialmente relevante si se considera que el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695 dispone que las Municipalidades no tienen la administración de los bienes nacionales de uso público cuando por su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, ella corresponde a otros órganos de la Administración del Estado, cuestión que ocurre precisamente en los casos señalados en el artículo 16 letra j) de la Ley N° 19.175.*

*En lo que atañe a los artículos 19 a 24 del Código Civil alega que son transgredidos al dar por establecida la responsabilidad por falta de servicio de su representada, pese a que en la especie faltan dos requisitos esenciales para su concurrencia, cuales son la existencia de una obligación legal incumplida o cumplida en forma deficiente o tardía y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño.”*

Los hechos de la causa establecidos por los jueces de la instancia constan en el considerando DECIMO del fallo: *“Los sentenciadores del grado dejaron asentado que la demandante tropezó y cayó debido al mal estado de las baldosas de la vereda por la cual caminaba, sufriendo lesiones; también dieron por establecido que la municipalidad demandada no cumplió con su obligación de mantener la acera en estado de no causar daño a los peatones que transiten por ella; y, por último, tuvieron por demostrada la*

*conurrencia de la relación de causalidad entre el daño moral padecido por la actora y la falta de servicio en que incurrió la demandada, puesto que aquel es una consecuencia de la caída que sufrió en la vía pública.”*

*DECIMO SEGUNDO: “Que, por otra parte, y en cuanto el recurso de nulidad se refiere a los vicios en que habría incurrido el fallo para desechar la excepción de falta de legitimidad pasiva, cabe destacar que para arribar a la decisión que se cuestiona los sentenciadores consideraron que si bien la Ley N° 19.175 incorporó como función de los Gobiernos Regionales la de construir, reparar, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, tal normativa no excluye la obligación de los municipios de administrar directamente los bienes nacionales de uso público, por lo que igualmente deben velar porque tales bienes cumplan la función para la que están destinados, cuidando que el desplazamiento de los peatones se realice en condiciones de seguridad, lo que en el caso de autos no ha sucedido, pues la actora cayó por el mal estado de la vereda, lo que constituye una falta de servicio del Municipio que lo hace responsable de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia de esa ausencia de cuidado.”*

*DECIMO TERCERO: “Que el artículo 5° letra c) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, confiere a las municipalidades la atribución de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existente en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines, y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.”*

*Continua el mismo considerando: “Por otro lado, el artículo 188 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.290, prescribe que: Carabineros de Chile o Inspectores Municipales tomaran nota de todo desperfecto en calzadas y aceras o en las instalaciones de servicios de utilidad pública que constaten en ellas, a fin de comunicarlo a la repartición o empresa correspondiente para que sea subsanado, bajo apercibimiento de denunciarlo al Juzgado de Policía Local correspondiente.”*

*“A su turno, el inciso quinto del artículo 169 de la mencionada Ley N° 18.290 establece que la municipalidad respectiva - o el Fisco en su caso – será responsable civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. La precitada disposición guarda, a su vez, congruencia con la contenida en el artículo 152 de la citada Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, según la cual las municipalidades incurren en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”*

La Corte resuelve en el considerando DECIMO CUARTO: *“Que de lo reseñado en el motivo que precede es posible concluir que los jueces de la instancia han obrado con sujeción a la normativa legal aplicable al caso al establecer la responsabilidad civil del municipio demandado por falta de servicio. En efecto, atendida la situación de hecho que se dejó asentada, resulta nítida en la especie la existencia de dicha causal de responsabilidad por no haber dado cumplimiento la Municipalidad a la obligación legal de inspeccionar y prestar debido cuidado a las vías públicas de su comuna en condiciones de brindar un desplazamiento expedito y seguro a los transeúntes.”*

En el considerando DECIMO QUINTO, se desestima el recurso de casación el fondo.

### Conclusiones

Construyendo esta cadena legal, la Corte Suprema nos indica cual es el criterio imperante en el caso de autos y que es bastante frecuente en las alegaciones de falta de servicio que llegan a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema.

El conflicto entre el Gobierno Regional y las Municipalidades, sobre a quién le corresponde el deber de cuidado sobre aceras y calzadas, no puede resolverse alegando la exclusiva responsabilidad del Gobierno Regional haciendo valer el artículo 16 letra j) de la Ley N° 19.175. Es decir, no se puede eximir a la Municipalidad de responsabilidad con esta disposición.

El artículo 5° letra c) de la Ley de Municipalidades, que le confiere la administración sobre los bienes nacionales de uso público de su territorio, la obliga, por sobre el Gobierno Regional, a velar por el buen estado de aceras y calzadas.

El artículo 188 de la Ley de Tránsito obliga a las municipalidades a cumplir con una inspección eficaz de los desperfectos que se presenten en aceras y calzadas, lo que viene a dar más fuerza a la obligación que conlleva la facultad de administración, establecida en el artículo 5 letra c) de la ley de Municipalidades.

El artículo 169 de la Ley de Tránsito, en relación con el artículo 152 de la Ley de Municipalidades, viene a establecer la responsabilidad civil de las Municipalidades por el incumplimiento en su deber de administración y su deber de inspección de las vías públicas de su comuna, así como también por falta o la inadecuada señalización de estas.

### **2.8 - Corte Suprema, Rol 8722-2015. Fallo de 30 de noviembre de 2015. Tercera Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval.**

Este fallo nos lleva a la cuestión sobre la entidad material suficiente que debe tener un desperfecto, para que podamos responsabilizar a la Administración de falta de servicio, en el deber que le cabe en la señalización y reparación de dicho desperfecto.

La sentencia pronunciada por la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el ocho de mayo de dos mil quince revoca la de primera instancia que rechaza la demanda y establece en su considerando PRIMERO (Corte de Apelaciones): *“Que establecido el hecho de haber tropezado la demandante en una baldosa que sobresalía de la superficie de la vereda cayendo al suelo, y que a consecuencia de ello sufrió lesiones que le causaron la pérdida de visión de una de sus ojos, como concluye el tribunal a quo, solo resta dar aplicación a la normativa legal que rige esta materia, referida en el motivo octavo del fallo de primer grado y contenida en la ley N° 18.290 de Tránsito cuyo artículo 169 establece que es responsable civilmente la Municipalidad de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. Concordante con esta disposición el artículo 152 de la ley N°*

*18.695 dispone que las Municipalidades incurrir en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá, principalmente, por falta de servicio.”*

Luego, la Corte de Apelaciones considera que sólo queda pronunciarse sobre la naturaleza, y especie y monto de los perjuicios causados.

En el considerando TERCERO de la sentencia de la Corte de Apelaciones, se tienen presente algunas consideraciones al pronunciarse sobre la acreditación del daño moral sufrido: *“Cabe señalar que la sola circunstancia de su caída al pavimento por el mal estado de la vereda, sufriendo lesiones que le causaron la pérdida definitiva de visión en uno de sus ojos, sumadas las consecuencias estéticas en su rostro, da base a una presunción con las características de gravedad y precisión suficiente para establecer la existencia del daño moral reclamado.”*

Continua el considerando TERCERO: *“Sin perjuicio de ello, este daño se encuentra acreditado, además, con la prueba documental y testifical rendida, a saber, informe médico del Centro Oftalmológico Pasteur que da cuenta de haber sufrido la actora un traumatismo ocular severo habiendo sido sometida a cirugía vitrectomía y de drenaje, y declaración como testigo del doctor que la atendió, quien señala que la actora sufrió la pérdida completa y definitiva de la visión del ojo traumatizado con compromiso estético facial al achicarse y atrofiarse el globo ocular; agrega que esta disminuida física y psicológicamente, limitada en sus actividades diarias en cuanto a de ambulación, lectura, subida de escaleras y en todo lo que se relacione con cálculo de profundidad.”*

En el considerando CUARTO, estima el fallo que procede acoger la indemnización del daño moral solicitada, fijando su monto en \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos) y revoca la sentencia de primera instancia.

Lo que nos interesa en esta sentencia, es acercarnos a entender los criterios de la Corte y sus límites en lo que se refiere a determinar qué entiende por **la entidad suficiente** que debe revestir un desperfecto en la vía pública, las características de una obra que se esté realizando en el lugar y que ocasiona el daño, para comprometer la responsabilidad de la Administración en su deber de señalización. Así, queremos destacar que el juez del Noveno Juzgado Civil de Santiago que conoció del asunto en primera instancia, rechazó la demanda

fundado en que la altura en que la baldosa se encontraba removida no resultaba suficiente para exigir de la demandada el cuidado que se pretende, por lo que no es posible atribuirle responsabilidad.

El hecho anterior fue alegado por la demandada al solicitar el rechazo de la demanda, argumentando que *“el desnivel de la baldosa en cuestión tiene una exigua envergadura, ante lo cual resulta desmesurado obtener una indemnización como la solicitada, controvirtiendo los hechos y el monto demandados”*.

La Municipalidad de Providencia deduce recurso de casación en la forma y fondo.

El recurso de casación en la forma es rechazado y su argumentación no resulta interesante a nuestro análisis por lo que no nos referiremos a ese capítulo.

El recurso de casación en el fondo alega la infracción de los artículos 1698 y 2314 y siguientes del Código Civil, artículo 169 de la ley N° 18.290 y artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (este último no nos compete analizar).

En cuanto a la primera de las normas citadas, la estima transgredida por cuanto correspondía a la demandante acreditar las circunstancias que rodearon el accidente, los perjuicios sufridos y que estos se debieron a una falta de servicio imputable a la municipalidad. Sin embargo, alega, en el juicio sólo acredito que tropezó y ello le produjo lesiones en un ojo, pero no se probó la falta de servicio. Por otro lado, la municipalidad rindió probanzas relativas a que el desnivel de la baldosa eran 5 a 6 centímetros, lo que no es suficiente para exigirle a la municipalidad la señalización (considerando SEXTO del fallo de primera instancia).

Por tanto, alega que no se acreditó la relación de causalidad y por ello debió rechazarse la demanda.

Continua el considerando SEXTO de la Corte: *“A continuación, respecto de los artículos 2314 del Código Civil y artículo 169 de la ley N° 18.290 de Transito indica que en la sentencia recurrida se da por establecida la responsabilidad de la municipalidad por el solo hecho del tropiezo por una baldosa que sobresalía del suelo, sin atender a la alegación municipal de la exigua envergadura del desnivel, que no la obligaba a*

*señalizarlo. En este sentido, el fallo recurrido asimila de inmediato el accidente por mal estado de la vía pública a la falta de servicio municipal, sin embargo, no detalla en qué consiste la falta de servicio, como se acredita la relación de causalidad ni cuál es la conducta dolosa o culpable en que se ha incurrido.”*

Considerando OCTAVO del fallo de casación. Son hechos de la causa:

1) Que la demandante tropezó en una vereda con una baldosa que según se aprecia en las fotografías rolantes a fojas 118 de autos, se encontraba levantada en aproximadamente 5 o 6 centímetros.

2) Se ha establecido que a consecuencia de ello perdió la visión de uno de sus ojos.

Refiriéndose a la sentencia recurrida, el considerando OCTAVO indica las disposiciones legales aplicadas al caso: *“Ante el establecimiento de ese hecho, la sentencia recurrida estimo que solo cabía dar aplicación a la normativa legal de la Ley N° 18.290 de Transito, específicamente su artículo 169 que establece la responsabilidad de la municipalidad por los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de falta o inadecuada señalización, disposición que, a la vez, concuerda con el artículo 152 de la Ley N° 18.695 según el cual las municipalidades incurren en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá, principalmente por falta de servicio.”*

En el considerando NOVENO, la Corte indica la objeción de la recurrente: *“Puede advertirse que el reproche del recurso de nulidad dice relación con el establecimiento del hecho constitutivo de la falta de servicio. A este respecto, la demandada insiste en que, en primer lugar, no le corresponde la reparación de las veredas y, a continuación, un desnivel como el establecido en la sentencia recurrida no resulta de la envergadura suficiente para exigirle su señalización, de manera que no se configura la culpa del servicio que ha servido como factor de imputación.”*

Vemos en el párrafo anterior cómo el recurrente busca desviar la responsabilidad a otros organismos de la Administración del Estado, que como vimos más arriba, podría ser el Gobierno Regional que corresponda, si usamos como fundamento el artículo 16 letra j) de

la Ley N° 19.175. Pero como se expuso sobre el deber de administración que le cabe a las municipalidades sobre los bienes nacionales de uso público que estén dentro de su territorio jurisdiccional, y sobre el deber de fiscalización y aviso que recae en los inspectores municipales, y, el deber de señalización de las municipalidades, podríamos decir que un argumento de esas características sería desechado por la Corte.

Pero a continuación, el recurrente se refiere a la envergadura del desnivel, indicando que este no sería el suficiente para causar el daño alegado. Y esto es lo que resulta interesante, ya que la Corte termina por entenderlo así, y, acoge el recurso de casación en el fondo. Pero, con votos en contra de dos de sus miembros, quienes estuvieron por rechazar el recurso. Ellos consideraron que la línea argumentativa sostenida en la Corte de Apelaciones sí configuraba falta de servicio, sin importar la entidad del desperfecto, sólo considerando lo establecido en el proceso, es decir, 1) el desperfecto de las baldosas y, 2) el daño sufrido. Lo que infringiría las obligaciones impuestas a la Municipalidad en los artículos 5 letra c) y 152 de la Ley N° 18.695 y del artículo 94 inciso 1° de la actual Ley N° 18.290.

En los considerandos siguientes, pasa la Corte al análisis de la normativa que considera aplicable para resolver si existe o no infracción a los artículos 1698 y 2314 y siguientes del Código Civil y al artículo 174 de la Ley N° 18.290 de Tránsito, normas en las cuales se fundó la imputación hecha por los jueces de la instancia.

Considerando UNDECIMO: *“Que el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2006 del Ministerio del Interior, describe a las municipalidades como corporaciones autónomas de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, asignándoles entre sus finalidades esenciales la de satisfacer las necesidades de la comunidad local.”*

*“Para el debido cumplimiento de sus funciones, el artículo 5° letra c) de dicha ley les confiere la atribución de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.*

Continua el considerando UNDECIMO: *“Este precepto se encuentra relacionado con el artículo 63 letra f) de dicho cuerpo normativo, que comprende, entre las facultades de los Alcaldes, la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan de conformidad a la referida ley.”*

*“En lo que atañe a la cuestión planteada por la demandada, el artículo 26 letra c) de la citada ley encomienda a la unidad municipal encargada del transporte y tránsito público señalar adecuadamente las vías públicas.”*

*“Además cabe tener en consideración algunas definiciones que previene el artículo 2° de la Ley N° 18.290 de Tránsito y que guardan relación con el asunto que se analiza:*

*- Vía, segunda acepción legal (numeral 46°), es: calle o camino u otro lugar destinado al tránsito; avenida o calle (numeral 4°) es la vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales; en tanto, acera (numeral 1°) es la parte de una vía destinada al uso de peatones.”*

*“Las calles, por otra parte, son bienes nacionales de uso público según se señala en el artículo 589 del Código Civil”.*

*“Resulta conveniente agregar a este recuento normativo otros preceptos de su ley orgánica que vinculan a los municipios con la materia de que se trata, como sus artículos 3° letra d), que les asigna entre una de sus funciones privativas la de aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito público dentro de la comuna; y 4° letra f), que los faculta para desarrollar funciones concernientes a la vialidad urbana y rural.”*

*“El término Tránsito, a que se refiere la primera de las normas citadas se encuentra definido en el mencionado artículo 2° N° 41 de la Ley N° 18.290 como el desplazamiento de peatones, animales o vehículos por vías de uso público.”*

El considerando DUODECIMO viene a precisar la obligación de la municipalidad: *“Que acorde con lo establecido por el citado artículo 26 letra c) de la Ley N° 18.695, la Ley N° 18.290 reitera la obligación que incumbe a las municipalidades en orden a mantener las señalizaciones del tránsito en las zonas urbanas, según se desprende de lo dispuesto en sus actuales artículos 94 y 103”.*

*“Lo anterior permite dejar asentado, desde ya, que la obligación municipal solamente radica en señalar el tránsito y no en la reparación de las vías.”*

DECIMO TERCERO: *“Que el deber de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados en su comuna que las normas legales a que se ha hecho mención importen a las municipalidades comprende, sin duda y a la luz de la obligación ya consignada anteriormente, no solamente aquello que concierne al cuidado y conservación de dichos bienes en función de mantener la integridad del patrimonio público, sino también todo lo que tienda a precaver lesiones en su integridad corporal y daños en cosas de su propiedad a las personas para cuyo uso han sido destinados.”*

*“A este ámbito normativo pertenece la obligación específica de las municipalidades de mantener el tránsito expedito y en condiciones de seguridad para los peatones que se desplazan por las aceras y, en caso de encontrarse estas en mal estado, advertirles del riesgo que ello trae consigo mediante la instalación de señalizaciones adecuadas.”*

A continuación la Corte se refiere a la cadena que fundamenta la obligación de la municipalidad y la vincula con las reglas de responsabilidad presentes en otros cuerpos jurídicos.

DECIMO CUARTO: *“Que en armonía con los preceptos legales a que se ha aludido y como consecuencia de los dispuestos en ellos, el inciso 5° del actual artículo 169 de la Ley N° 18.290 establece que la Municipalidad respectiva – o el Fisco, en su caso – será responsable de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.”*

DECIMO QUINTO: *“Que la precitada disposición guarda, a su vez, congruencia con la contenida en artículo 152 de la Ley N° 18.695, según el cual las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”*

DECIMO SEXTO: *“Que la normativa a que se ha hecho alusión consagra dentro de nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad de las municipalidades por falta de servicio, que reconoce asimismo como fundamento de orden más general lo que*

*preceptuado en el artículo 4° de la Ley N° 18.575, el cual señala 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 pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”*

*“Cabe apuntar a este respecto que el artículo 1° de la misma Ley N° 18.575 enumera en su inciso 2° las diversas entidades que constituyen la Administración del Estado, incluyendo entre ellas a las municipalidades.”*

DECIMO SEPTIMO: *“Que esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo, y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la ya citada ley”.*

DECIMO OCTAVO: *“Que, como también reiteradamente ha sostenido esta Corte de Casación: la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquella, considerada como “la culpa de del Servicio”, deberá probarse por quien alega, el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuarios o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la citada Ley de Bases de la Administración del Estado”. (Corte Suprema, Rol 1976-2007, 14 de octubre de 2008 considerando décimo sexto)”.*

Continúa la Corte refiriéndose específicamente al punto que zanjará el asunto, esto es, la entidad material del desperfecto.

DECIMO NOVENO: *“Que, además, ha de tenerse presente que tal como se ha dicho anteriormente por esta Corte no toda falta de señalización de un desperfecto en una calzada es constitutivo de una falta de servicio y por ello “la falta de servicio” debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración, en este caso a la*

*Municipalidad (...) admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras, y evidentemente ello no es exigible a la Administración”.*

*“Que en efecto, a vía de ejemplo, el ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o de baldosas sueltas sea debidamente comunicado a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que también espere que incluso desperfectos como el que muestran las fotografías de fojas 62 y 63 deba ser advertido por la Municipalidad, lo que sin duda no constituye falta de servicio;” (Corte Suprema, rol 6754-2006, 18 de marzo de 2008 considerandos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto)”.*

VIGESIMO: *“Que es conveniente tener en consideración –para precisar la exacta dimensión del mandato de actuación que pesa sobre el ente municipal- que este deber de servicio se satisface, en la especie, mediante la provisión de una señalización adecuada, según se expresa en el referido artículo 169 inciso 5° de la Ley N° 18.290.”*

*“Es útil tener presente a este respecto que “adecuado”, conforme a la definición del término contenida en el Diccionario de la Lengua Española, es: lo apropiado o acomodado a las condiciones, circunstancias u objetos de alguna cosa”.*

VIGESIMO PRIMERO: *“Que en el caso concreto sub-judice se debe señalar que de la mera observación de las fotografías que corren agregadas a fojas 118 de estos antecedentes, acompañadas por la propia parte demandante, se puede colegir que el levantamiento de la baldosa en 5 o 6 centímetros no es más que una mera irregularidad o imperfección en la superficie de la vereda. En este sentido, la exigua envergadura del desperfecto no hace exigible a la Municipalidad demandada la obligación de advertir a los usuarios sobre su existencia; por consiguiente, no resulta de entidad suficiente para constituir la infracción de deber denunciada y, por ende, no constituye una falta de servicio por parte de la municipalidad demandada”.*

Se tiene así por acogido el recurso de casación en el fondo intentado por la Municipalidad demandada, anulándose el impugnado y en la sentencia de reemplazo, rechazándose la demanda de autos.

## Conclusiones

El fallo que acoge el recurso tiene un fundamento que nos parece muy interesante al momento de hacerse cargo de las consideraciones que, en su momento, tuvo el juez del grado para acoger la demanda. Podemos observar que en un principio las normas de responsabilidad de los artículos 169 de la Ley de Tránsito y 152 de la Ley de Municipalidades, además de la prueba del daño que hace la demandante, son consideradas suficientes por la Corte de Apelaciones para acoger la acción y acceder a la indemnización.

Pero luego, la Corte queriendo dejar en claro qué es lo que significa la falta de servicio como factor de imputación, concluye que (reproduciendo una sentencia anterior) *la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquella, considerada como “la culpa de del Servicio”, deberá probarse por quien alega, el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuarios o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la citada Ley de Bases de la Administración del Estado.*

Así, vemos cómo la entidad material del desperfecto tiene relación con el deber de administración incumplido de artículo 5 letra c) de la Ley de Municipalidades, que alega el recurrente. Es decir, si el desperfecto no cumple con la idoneidad suficiente para causar el daño alegado (un desnivel de 5 centímetros), la responsabilidad de la Municipalidad no resulta comprometida, y así lo señala como *una mera irregularidad o imperfección en la superficie de la vereda.*

En relación a la entidad material del desperfecto, tampoco se incumple el deber específico de señalización de las vías públicas que observa el artículo 94 de la Ley de Tránsito en tanto, *la exigua envergadura del desperfecto no hace exigible a la Municipalidad demandada la obligación de advertir a los usuarios sobre su existencia; por consiguiente, no resulta de entidad suficiente para constituir la infracción de deber denunciada y, por ende, no constituye una falta de servicio por parte de la municipalidad demandada.*

## **CAPITULO TERCERO. JURISPRUDENCIA SOBRE FALTA DE SERVICIO EN LA RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL ESTADO.**

La responsabilidad sanitaria de la Administración se encuentra regulada en la Ley N° 19.966, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de septiembre de 2004, “Establece un régimen de Garantías en Salud”, más conocida como Ley Auge.

En el Título III, artículos 38 y siguientes se refiere a la falta de servicio como el factor de imputación aplicable al Servicio de Salud y, la necesidad que tiene de acreditarse en sede judicial al alegar un daño. Así, nos dice que *los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. Y en el inciso 2° agrega que, el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.*

Como en otras disposiciones sobre falta de servicio, también se indica el derecho del Estado de repetir contra el funcionario, pero indicando que este debió haber actuado con *imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones.*

A continuación, se presentan varios casos en los que resultó comprometida la responsabilidad sanitaria del Estado, y que nos entregan variadas consideraciones sobre qué hechos pueden ser constitutivos de falta de servicio en la actividad médica. Y cómo cobra importancia, en este ámbito, la especificidad con que probemos el vínculo causal entre el hecho dañoso que constituye falta de servicio, con el resultado dañoso padecido por la víctima.

### **3.1 - Corte Suprema, Rol 8100-2015. Fallo de 9 de diciembre de 2015. Segunda Sala. Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Etcheberry.**

En los autos Rol N° 6103-2012 del 16° Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 124, se acogió la demanda deducida por Alfredo Morgado en representación de Magaly Irene Lazo, Eliana María Rodríguez Lazo, Ángela Rodríguez Lazo, Jessica Antonia Rodríguez Lazo, y Marianela del Transito Rodríguez Lazo, condenándose al Fisco a pagar a cada uno de los demandantes la

suma de \$20.000.000.- (veinte millones de pesos) con intereses y reajustes, entre la fecha que la sentencia se encuentre ejecutoriada y su pago efectivo.

Impugnada la decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 19 de mayo de 2015 que se lee a fojas 194 y siguientes, rechazó el recurso de casación en la forma deducido por el demandado y confirmó, en lo apelado, la sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil catorce.

Contra este último pronunciamiento, el Fisco de Chile dedujo recursos de casación en la forma (desestimado) y en el fondo.

El asunto de este caso viene ser que el Servicio Médico Legal entregó incorrectamente osamentas humanas a una familia con la que el difunto no tenía parentesco, asegurando que el cuerpo entregado sí correspondía a su familiar.

El considerando SEXTO nos indica el criterio del recurrente: *“Que en el recurso de casación en el fondo se plantea que la sentencia impugnada efectuó una errónea calificación jurídica de los hechos, lo que provocó error de derecho por equivocada interpretación y falsa aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con los artículos 19 y 23 del Código Civil”*.

*“Sostiene que el fallo atribuye a aquella norma –artículo 42- un sentido que no tiene y de ese modo la hace aplicable a una situación para la cual no fue prevista, condenando al Fisco sobre la base de una inexistente falta de servicio”*.

*“Apunta el recurso que en el caso de la falta de servicio el legislador tuvo especialmente en cuenta la necesidad de probar la culpa del servicio, vale decir, el incumplimiento de la administración de su deber de prestar el servicio en la forma exigida por la ley, no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal que lo libere de su responsabilidad. Sin embargo, la sentencia no considero si el funcionario público o la respectiva repartición contaban con los medios necesarios para proporcionar satisfactoriamente el servicio o la atención solicitada”*.

*“En la especie, de los antecedentes del proceso resulta que el Servicio Médico Legal, a la fecha de los hechos, no contaba con los recursos necesarios para efectuar pericias que permitieran tener certeza absoluta sobre la identificación de los restos óseos de las personas que fueron víctimas de violaciones a los derechos humanos, cuyos restos fueron encontrados en el patio 29 del Cementerio General, porque el método existente se basaba en la realización de estudios antropológicos de las osamentas, es decir, estimación de sexo, edad y talla, entre otros rasgos identificatorios, así como en la superposición cráneo facial, como técnica complementaria dentro del peritaje, comenzando a usarse el análisis comparativo de ADN mitocondrial solo a partir del año 2000. Al mismo tiempo, la sentencia omite tener en cuenta que los requerimientos hechos a la Universidad de Glasgow, primero, y al Laboratorio de Identificación Genética de la Universidad de Granada, después, no hacen sino poner de manifiesto los esfuerzos del Estado por mejorar las técnicas utilizadas hasta esa fecha y lo dificultoso que resultó incluso para esos centros extranjeros el cumplimiento de la labor encomendada”.*

*“En consecuencia, la actividad desplegada por el Servicio Médico Legal a lo largo del tiempo estuvo necesariamente vinculada y condicionada con los avances científicos y la real posibilidad de contar con técnicas de última generación que permitieran identificar los restos de las víctimas”.*

*“Entendiendo que el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado solo tuvo por objeto establecer, de un modo general, el principio de la existencia de la responsabilidad del Estado, sin pretender objetivarla, el fallo infringió lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, al desatender su tenor literal, porque en sus razonamientos concibe la responsabilidad del Estado a partir de un modelo ideal de servicio, ignorando el principio de realidad, que obliga a tener en consideración las circunstancias concretas en que el servicio despliega su actividad, aplicando de manera errada lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 18.575”.*

Los hechos de la causa los encontramos a continuación en el considerando SEPTIMO:  
*“(…) que en la década de los noventa les fueron entregados restos óseos encontrados en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago, señalándoseles que correspondían a su hermano Daniel Rodríguez Lazo, decisión que se fundamentó en las pericias que había*

*realizado el Servicio Médico Legal a los restos exhumados y que daban cuenta de la presunta identificación de varias víctimas cuyos restos yacían en dicho lugar”.*

*“Asimismo, no se ha controvertido que los restos primitivamente entregados y sepultados con la identidad de Daniel Rodríguez Lazo, en realidad no correspondían al hermano desaparecido y que los señalados como verdaderos fueron ordenados entregar a los demandantes en el año 2011”.*

**OCTAVO:** *“Que conforme a tales supuestos fácticos, los jueces de la instancia estimaron que el Servicio Médico Legal debió prestar el servicio que estaba llamado a realizar, esto es, la identificación de los restos óseos pertenecientes al patio 29, tarea que debió cumplir con el debido cuidado y diligencia, por la naturaleza de su deber como órgano del Estado, advirtiendo a lo menos que los métodos utilizados en dicho proceso no importaban certezas de sus resultados ya que tenían márgenes de error o dudas muy altos y, dado el caso, el proceso de identificación debió cumplir con estándares mayores a los utilizados, omitiendo además consignar que la identificación realizada, con información de baja calidad, era solo probable, no concluyente (el énfasis es nuestro)”.*

*“Por ello, el Servicio Médico Legal incurrió en acciones y omisiones negligentes y culpables de sus funcionarios en la elaboración de peritajes realizados respecto de los restos inhumados en el patio 29, específicamente de Daniel Rodríguez Lazo, por lo que el Fisco está obligado a reparar el daño que este hecho ilícito pudo haber causado”.*

La consideración de la Corte frente a la alegación del recurrente en el considerando **NOVENO:** *“Que según se reclama por el impugnante, la infracción del artículo 42 de la Ley N° 18.575 se produce por cuanto el Servicio Médico Legal realizó diligentemente su labor, atendido a los avances científicos de la época, utilizando las técnicas que tenía disponibles, siendo improcedente juzgar su actuación sin atender a las circunstancias concretas de realización de las pericias, de manera que sus resultados han de ser valorados conforme a lo que era exigible en su tiempo”.*

Continúa la Corte con una breve exposición de la cadena legal, según se ve la responsabilidad del Estado en el considerando **DECIMO:** *“Que 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. Así, la jurisprudencia ha sustentado la existencia de tal responsabilidad en la normativa especial que surge de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38° de la Constitución Política de la República y 4° y 42° de la Ley N° 18.575. Es así como el artículo 1° de la indicada ley establece su ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que: el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El artículo 42°, en tanto, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los: órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.*

*“La falta de servicio es un factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular o la compensación de los mismos son asumidos por aquella, correspondiendo a toda acción u omisión de la Administración que genere daños para el administrado y en la que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio”.*

*“Ante un defecto del obrar, se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente a un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno -en relación a la época en que se verificaron los hechos- es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importara decidir si es o no factible prescindir de ellas”.*

*DUODECIMO: “Que es un hecho que tanto los conocimientos científicos como tecnológicos, entendiendo los primeros como el conocimiento teórico y los segundos referidos a las técnicas que emplea o aplican el conocimiento científico, van evolucionando, circunstancias que dan lugar a que respuestas o técnicas que en un tiempo determinado eran correctas y satisfactorias, posteriormente no lo sean”.*

*“Lo anterior importa reconocer que las conductas han de ser valoradas conforme al estado del conocimiento de la ciencia y la técnica que al tiempo en que se ejecutaron era exigible, aspecto que incidirá en la atribución de responsabilidad”.*

La Corte presenta su reproche en el considerando DECIMO TERCERO: *“Que de la lectura del fallo es posible descartar la existencia del yerro jurídico denunciado, pues la sentencia no ha establecido que la falta de servicio se configure precisamente porque el Servicio Médico Legal no utilizó métodos científicos más certeros, como el ADN mitocondrial. Tampoco establece el factor de imputación de responsabilidad a partir la una mala praxis por parte del Servicio, sino que el reproche formulado por los sentenciadores está dado porque la institución, a pesar que contaba con información que evidenciaba que los métodos de identificación carecían de rigor científico, igualmente siguió adelante con tal labor, con las consecuencias conocidas (el énfasis es nuestro)”*.

*“Es por ello que la lex artis sobre la cual se enjuicia el obrar del Servicio Médico Legal no dice relación con la práctica de una técnica desconocida a la época en que se realizaron las pericias destinadas a identificar osamentas humanas, sino del cumplimiento que se hizo de la técnica valorada como correcta al tiempo en que se desarrolló el acto científico, con lo cual el punto a valorar es si incurrió en faltas a la técnica o a la metodología de la época”*.

Continua sentenciando categóricamente sobre el hecho en el considerando DECIMO CUARTO: *“Que planteadas así las cosas, cabe consignar que el fallo declaró que el Fisco de Chile, a través del Servicio Médico Legal, incurrió en una conducta que debe ser calificada como infracción a la lex artis que regía la identificación de osamentas humanas, al incurrir en incumplimiento a la técnica y metodología vigentes, al utilizar métodos propios de exclusión de restos a fines de identificación, con resultados que solo caben dentro de lo probable, no concluyentes, lo cual por cierto es constitutivo de falta de servicio. Aún más, recibido el informe extranjero de identificación, no se envió al tribunal instructor, y se siguió adelante con entrega de información que no alcanzaba certeza alguna.*

De esta forma la segunda sala de la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio de Salud, que resulta condenado al pago de \$20.000.000.- (veinte millones de pesos) a cada uno de los demandantes.

## Conclusiones

Hemos seleccionado este fallo para que el lector pueda ver con claridad cómo un argumento que parece lógico en defensa del servicio, puede resultar desestimado conforme a los criterios que la Corte ha formado sobre la falta de servicio en la responsabilidad sanitaria, y la forma en que podemos percibirla en el funcionamiento del Servicio de Salud. Vemos como el recurrente centra su argumentación en que a la fecha no estaban a disposición del Servicio Médico Legal las herramientas periciales adecuadas para identificar correctamente el cuerpo, pero luego la Corte verá, en otra arista de la situación, como sí incurre en la falta dicho servicio.

Quisimos comenzar comentando este fallo, porque nos pareció interesante la forma que la Corte entiende que el Servicio de Salud tiene el deber de informar que el procedimiento utilizado no entrega resultados concluyentes, y, no solo debe contentarse con darle fiel aplicación al procedimiento establecido a la época en que el servicio fue prestado, sino que debería aplicarlo, pero además indicar sus falencias en caso de que los resultados pudieran ser puestos en duda. Y no por una mala ejecución del proceso por parte del órgano, sino porque el procedimiento en sí acarrea un margen de error. Concluyendo la Corte que el solo hecho de utilizar un procedimiento de base probable y no concluyente es de por sí una falta de servicio.

La “Lex Artis” involucra que, para cumplir un mandato legal, el órgano debe ejecutar correctamente una determinada práctica, que no necesariamente esta descrita por la ley, sino más bien está determinada por la misma actividad. Nos referimos a que la práctica médica admite una valoración más específica por tratarse de un servicio que para cada caso tiene una forma de ejecución específica, que dependerá de cada caso individual y de las particularidades del paciente.

A modo de ejemplo, queremos reforzar el párrafo anterior con el considerando SEPTIMO del fallo de la Corte Suprema en causa rol 4751-2009, sentencia del 13 de octubre de 2011, al indicar: *“Que cabe destacar que la culpa medica no solo se configura por una infracción a la lex artis, sino que además puede ser infraccional, esto es, cuando no se han observado regulaciones generales que rigen la actividad. Si de la vulneración de esos deberes*

*preestablecidos ha derivado en el daño sufrido por el paciente, ello podrá ser suficiente para adjudicar responsabilidad”.*

En el caso de autos, se alega que *la infracción del artículo 42 de la Ley N° 18.575 se produce por cuanto el Servicio Médico Legal realizó diligentemente su labor, fundándose el recurso que al tiempo de realizarse la identificación del cadáver no se contaba con los medios técnicos adecuados para realizar esta labor de forma efectiva. La Corte desestima este argumento y considera que existe una falta de servicio en el actuar del órgano, ya que no sólo no se aplicó un procedimiento que ofreciera la seguridad necesaria y requerida por las víctimas, sino que tampoco se informó sobre las probabilidades que existían, y que eran conocidas por el Servicio, de que habían márgenes de error en el proceso de identificación.*

### **3.2 - Corte Suprema, Rol 363-2009. Fallo de 13 de enero de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Araneda.**

A continuación queremos referirnos a uno de los requisitos para atribuir responsabilidad extracontractual, y que en los casos de responsabilidad médica se da de forma bastante interesante. Nos referimos al vínculo causal que debe existir entre el daño producido y el hecho que tuvo lugar a manos de un órgano estatal.

En estos autos, la demandante interpuso recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda deducida contra el Servicio de Salud de Magallanes.

El caso es que el Servicio de Salud de Magallanes extravió una muestra de un nódulo extraído a una paciente para determinar si tenía cáncer de mamas, que posteriormente muere. Nos dice la sentencia en sus considerandos NOVENO y siguientes: *“Que el Servicio de Salud demandado es un órgano de la Administración del Estado y su estatuto corresponde al de las instituciones regidas por las normas de derecho público. La responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud y de los demás órganos públicos no es de carácter objetivo y se requiere para que nazca de la concurrencia de una falta de servicio, la que ocurre cuando un determinado servicio ha actuado mal o deficientemente, no ha obrado cuando su normativa le imponía el deber de hacerlo o, en*

*fin ha actuado tardíamente y a consecuencia de ello la víctima ha experimentado algún daño, requiriéndose por lo tanto para que nazca la obligación de indemnizar además la causalidad material. De este modo, es necesario que se encuentre justificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño y son los actores quienes deben acreditar tal nexo, esto es que haya sido la falta de servicio que se reprocha al órgano estatal la que generó el daño”.*

En los siguientes considerandos, la Corte nos presenta algunos aspectos de cómo entender la causalidad material y cómo debemos vincularla correctamente al hecho.

DECIMO: *“Que de los términos relacionados aparece que la sentencia de primer grado confirmada por la de segunda instancia, fue expedida con sujeción a la normativa legal, puesto que se desestimó la demanda luego de haberse descartado la relación de causalidad entre la falta de servicio y el perjuicio invocado, esto es que la pesquisa, diagnóstico, evolución y desenlace de la enfermedad de la paciente hubieren sido diversos de haberse contado con el resultado de la biopsia extraviada”.*

UNDECIMO: *“Que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa, y los elementos que la determinan son el natural y el normativo. El primero exige una relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa efecto; el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho”.*

*“En la sentencia pronunciada por la juez de la causa, aunque sin decirlo expresamente, se razona sobre la base de que en el presente caso no concurre el elemento natural que determina el vínculo causal. En efecto, consideró que no existe esa relación entre el extravío de la biopsia y un eventual diagnóstico y tratamiento adecuados contra la enfermedad padecida por la madre y cónyuge de los demandantes, esto es que el hecho constitutivo de la falta de servicio no ha sido la condición necesaria del resultado”.*

Con esas consideraciones la Corte rechaza el recurso de casación en el fondo y nos va entregando luces de cómo debemos comprender la construcción de la causalidad material.

Continuemos revisando fallos que se refieren a la causalidad material, y de cómo ésta debe quedar plasmada en el proceso, para lograr acreditar responsabilidad.

## Conclusiones

En la actividad médica, puede resultar muy difícil, a veces, presentar un vínculo causal concluyente, ya que, y como sabemos, muchos médicos podrán equivaler a muchos diagnósticos y muchas opiniones, pero en el proceso lo importante es plasmar de manera suficiente las pruebas necesarias para que el juez se pueda formar el convencimiento suficiente de si el daño está o no está vinculado al hecho alegado como falta de servicio.

Es un hecho establecido de la causa que la paciente falleció por insuficiencia respiratoria global, linfangitis carcinomatosa pulmonar y cáncer mamario terminal, y los recurrentes, su familia, alegaban que la pérdida de la muestra retrasó el inicio del tratamiento en un año, lo que se tradujo en el resultado de muerte. No pudo ser probado que el resultado de muerte tuvo el vínculo material suficiente con el hecho alegado como falta de servicio, por lo que no se cumplió con el requisito del vínculo entre la causalidad material y la falta de servicio alegada.

### **3.3 - Corte Suprema, Rol 4811-2009. Fallo de 09 de noviembre de 2011. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.**

En estos autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios seguido en contra del Servicio de Salud de Concepción, este deduce recurso de casación en el fondo contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de esa ciudad que confirmó la de primera instancia, que acogió la demanda por falta de servicio y le condenó a pagar la suma de cuarenta y cinco millones de pesos (\$45.000.000.-) por concepto de daño moral.

El segundo capítulo del recurso denuncia la infracción de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4 y 42 [antiguo 44] de la Ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19.966.

Este fallo trata sobre un neonato que es sometido a una intervención quirúrgica y al cual se le habría realizado un procedimiento distinto al necesario, lo que según la demandante acarrearía responsabilidad por falta de servicio.

Los hechos de esta causa se exponen en el considerando CUARTO:

“a) Que la menor Antonia Aravena Cid nació prematuramente con una edad gestacional de treinta y tres semanas, el 26 de febrero de 2001, mediante parto por cesárea en el Hospital Regional de Concepción. Se trató de un embarazo gemelar y peso al nacer ciento cincuenta gramos.

b) Que transcurridos veinticinco días, se le diagnosticó una comunicación interventricular y ductus arterioso amplio. A los tres meses, fue evaluada su situación cardiaca y dado que no se observó el cierre espontáneo del ductus, se optó por su cierre quirúrgico. La cirugía infantil se practicó en el citado nosocomio el 29 de agosto de 2001.

c) Que al comprobarse la persistencia del ductus arterioso, se trasladó a la menor al Hospital Calvo Mackenna en Santiago, donde fue operada el 16 de octubre de ese mismo año, constatándose que se había realizado una triple ligadura de la arteria pulmonar izquierda en lugar del cierre del ductus arterioso cuando fue intervenida en el Hospital Regional de Concepción.

d) Que dicha anomalía quirúrgica impidió el paso de la sangre por la arteria pulmonar hacia el pulmón izquierdo, el cual quedó con daño permanente.”

QUINTO: *“Que asentados los hechos antes reseñados la sentencia de primer grado – reproducida en esta parte por la de segunda instancia– consignó que este error en la operación de ligadura de ductus era un hecho reconocido por la parte demandada, quien alegó que ello constituye una complicación que puede producirse en un procedimiento quirúrgico como el de la especie. Es decir, estimó la sentenciadora a quo, que fue alegada la excepción de caso fortuito o fuerza mayor, y que debió ser acreditada por la demandada, por ser ésta quien la invocó”.*

*“A continuación, analizadas las evidencias probatorias allegadas a los autos, particularmente el informe médico legal acompañado por el demandado que fue calificado de insuficiente, la juzgadora concluyó que no se había logrado demostrar que el error en la ligadura de la arteria pulmonar obedeciera a una complicación propia de la cirugía”.*

SEXTO: *“Que en cuanto al reproche consistente en que los hechos que han sido establecidos por el fallo no son constitutivos de falta de servicio, cabe hacer las siguientes*

*consideraciones. La responsabilidad médica exige la infracción de la “lex artis”, la que debe ser acreditada en juicio. En este sentido, los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las prácticas correctas que aconseja la ciencia que ellos profesan. Así, el acto médico se realizará del modo debido si se sujeta a la manera que indica la “lex artis”. Y si bien no siempre las prácticas médicas aceptadas excluirán todos los casos de negligencia –puesto que podrán ser calificadas de insuficientes dependiendo de las características del caso específico– ellas constituyen un referente eficaz para dilucidar si en una situación específica hubo falta de diligencia o descuido culpable.”*

*SEPTIMO: “Que como acertadamente lo destaca el recurrente, en el ámbito médico el error no implica necesariamente negligencia si aquel es excusable. El comportamiento será culpable si el daño pudo haber sido evitado con el cuidado debido. De esta manera, el error que se produce no obstante haberse desplegado el grado de diligencia exigible a un buen profesional no dará lugar a responsabilidad y, por tanto, el daño que se origine por un error no imputable al médico debe ser soportado por la víctima, pues se tratará de riesgos inherentes a los procedimientos médicos”.*

*OCTAVO: “Que , en el caso concreto de autos, la circunstancia de que el médico a cargo de un niño nacido prematuramente ligara la arteria pulmonar izquierda en lugar del ductus arterioso no puede considerarse culpable, puesto que se trató de un riesgo inevitable conforme a los antecedentes reunidos en estos autos. En efecto, de acuerdo al informe médico legista agregado a fojas 149, la equivocación antes descrita corresponde a una complicación poco frecuente y susceptible de ocurrir, que fue pesquisada en forma oportuna y descrita por la literatura médica, y el que se trate de un riesgo o tropiezo previsible no es determinante para que surja culpa, si no resulta posible evitarlo usando el cuidado y razonabilidad exigibles a un buen profesional”.*

*“Asimismo, de acuerdo a ese mismo informe, dentro de los riesgos asociados a los procedimientos quirúrgicos destinados a resolver un ductus arterioso persistente está la ligadura inadvertida de otros elementos anatómicos cercanos, entre otros, bronquios, ramas de la arteria pulmonar, etc. Agrega que el procedimiento habitual es constatar la desaparición del soplo al ligar la estructura conocida como ductus, auscultando con un*

*fonendoscopio transesoférico, que permite al cirujano descartar en forma razonable que no se esté comprometiendo otros elementos anatómicos”.*

NOVENO: *“Que no ha sido controvertido que el equipo médico que atendió a la menor se sujetó rigurosamente al procedimiento antes reseñado, encontrándose con dificultades para reconocer los órganos que se debía intervenir, requiriéndose la colaboración de otros especialistas”.*

DECIMO: *“Que coherente con lo señalado, no es posible adjudicar responsabilidad medica por la lesión accidental de la arteria pulmonar izquierda de una recién nacida portadora de un ductus arterioso persistente si se ha dado por establecido que la conducta de los médicos se ciñó estrictamente a prácticas aceptadas en la “lex artis”.*

De esta forma, la Corte considera que no hubo falta de servicio, y por lo tanto no hubo infracción a los artículos 4 y 42 (antiguo 44) de la Ley N° 18.575 y acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto, y hace una precisión adicional en el considerando TERCERO de la sentencia de reemplazo: *“Que como se señalara en la sentencia de casación que precede, la responsabilidad médica se origina en la falta de diligencia en el desempeño profesional de acuerdo a un estándar general de cuidado que entrega la lexartis, reproche que no puede formularse en la especie a ningún profesional o auxiliar dentro de la organización hospitalaria del servicio demandado, pues se trató de un error que, aunque previsible, no pudo ser evitado pese a emplearse la diligencia debida”.* Esto último según el informe médico acompañado, según expresa el considerando CUARTO de la sentencia de reemplazo: *“Que a este respecto resulta determinante la opinión de los médicos legistas de la Unidad de Responsabilidad Medica del Servicio Médico Legal, en orden a concluir que, revisada la historia clínica de la paciente y el protocolo de la operación, no hubo faltas a la lex artis”.*

Y precisa aún más sobre la importancia de este instrumento en el considerando QUINTO: *“Que finalmente, aun cuando se estimare que de haberse cometido un error durante la intervención de la menor ello podría dar lugar a una presunción de culpa, esta fue claramente desvirtuada con la evidencia probatoria aludida en el motivo anterior”.*

## Conclusiones

*La responsabilidad médica se origina en la falta de diligencia en el desempeño profesional de acuerdo a un estándar general de cuidado que entrega la lex artis, reproche que no puede formularse en la especie a ningún profesional o auxiliar dentro de la organización hospitalaria del servicio demandado, pues se trató de un error que, aunque previsible, no pudo ser evitado pese a emplearse la diligencia debida.*

*La “lex artis” debe ser acreditada en juicio. En este sentido, los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las prácticas correctas que aconseja la ciencia que ellos profesan. De esta forma si se procede conforme a ella no es posible atribuir responsabilidad al médico que está ejecutando el procedimiento. Y de esa forma tampoco es posible atribuir responsabilidad al órgano por falta de servicio en caso de que el procedimiento en si tenga asociado el riesgo que es común a él según la “lex artis”.*

*En el ámbito medico el error no implica necesariamente negligencia si aquel es excusable. El comportamiento será culpable si el daño pudo haber sido evitado con el cuidado debido. De esta manera, el error que se produce no obstante haberse desplegado el grado de diligencia exigible a un buen profesional no dará lugar a responsabilidad y, por tanto, el daño que se origine por un error no imputable al médico debe ser soportado por la víctima, pues se tratara de riesgos inherentes a los procedimientos médicos.*

### **3.4 - Corte Suprema, Rol 5663-2009. Fallo de 03 de enero de 2012. Tercera Sala. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.**

En estos autos la parte demandada, el Servicio de Salud de Valparaíso, dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, que confirmó con declaración la sentencia de primera instancia que acogió la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en su contra, y lo condenó a pagar a los actores la suma total de 80.000.000.- (ochenta millones de pesos) por concepto de daño moral.

Al conocer del recurso, la Corte Suprema determina que deberá casar de oficio, por cuanto estima (considerando CUARTO): *“que del examen de la sentencia de segundo grado,*

*confirmatoria de la de primera instancia, aparece que carece de los fundamentos que sustentan la decisión adoptada. En efecto, si bien la sentencia ordena a la demandada el pago del daño moral que habrían sufrido los actores, tal decisión carece de fundamento desde que el fallo se limita a reproducir la prueba rendida en la causa, luego establece la relación de parentesco entre los actores y el occiso y finalmente se refiere a los dichos de testigos “que declararon por Exhorto”, sin individualizarlos, los que señalaron que a los actores les unía un lazo afectivo profundo con su hijo y hermano respectivamente, y como consecuencia de ello lo extrañan. Es decir, la sentencia no hace un análisis acerca de la forma en que los hechos de esta causa habrían afectado a los demandantes, específicamente acerca de la existencia del daño moral demandado. Por el contrario, la sentencia de segundo grado señaló que no existe prueba objetiva por parte de los actores acerca del daño moral sufrido por la muerte de Miguel Angel Abarza Muñoz, ni se acreditó la frecuencia con que aquellos visitaban a este último mientras se encontraba internado en el Hospital Psiquiátrico”.*

La actividad específica que se estaba realizando al momento del hecho del cual se alega responsabilidad se indica en el considerando PRIMERO de la sentencia de casación: *“Que son hechos no controvertidos por las partes que el 17 de agosto del año 2006 un grupo de nueve pacientes de la Unidad de Mediana Estadía (UME) del Hospital Psiquiátrico El Salvador de Valparaíso se encontraban en una actividad de rehabilitación y tratamiento en la Playa Las Torpederas, en esa ciudad, al cuidado de tres paramédico de ese centro hospitalario. En un momento uno de los pacientes. Miguel Abarca Muñoz de 21 años, se alejó del grupo y cayó al mar, encontrándose días después su cuerpo sin vida”.*

*“Se estableció además, con el mérito del certificado de defunción rolante a fojas 25 y copia de la autopsia que se le practicara, agregada a fojas 458, que falleció por asfixia por inmersión”.*

Tenemos acá un hecho que ocurre fuera de las dependencias del recinto hospitalario, pero bajo el cuidado de empleados del servicio público.

La demandante alega falta de servicio, indicando que *“el personal paramédico a cargo de los pacientes era insuficiente para cumplir su cometido, que incluye el resguardo de la seguridad personal de estos”*.

En el considerando CUARTO, la Corte comienza a ponderar el asunto en base a la probanza ofrecida por la demandada, que lógicamente busca desacreditar la falta de servicio: *“Con los dichos de los paramédicos José Fernández Cuadros de fojas 80 y Bernarda Segovia Muñoz de fojas 96, y del médico Raúl Cárdenas Canales, fojas 192, es posible establecer que fue este último, en su calidad de jefe de la Unidad de Mediana Estadía, y luego de evaluar el caso con el equipo terapéutico, el que autorizó la salida de los nueve pacientes, entre los que se encontraba Miguel Abarca, a la playa Las Torpederas, a cargo de tres paramédicos; y que tal actividad forma parte del tratamiento pues facilita la reintegración social, la que se contempla en el Manual de Organización de la Unidad de Mediana Estadía del Hospital El Salvador 2004-2005, en la página 10, letra c) N° 15. Con dichos testimonios, avalados por la ficha clínica de Miguel Abarca, se establece además que este había mostrado durante el año de estadía en esa unidad una notable mejoría de su comportamiento social, por lo que durante el año 2006 viajaba solo a su casa de San Antonio, aproximadamente una vez al mes, hecho este último que se encuentra corroborado con los dichos de la testigo Sulay Armijo Castro a fojas 327, quien relató que este llegaba del Hospital a su casa en San Antonio, salía con sus hermanas e iba a visitarla, mostrándose feliz de estar con su familia”*.

El considerando QUINTO agrega: *“Que en relación al número de paramédicos que estaban a cargo de los pacientes en la Playa Las Torpederas el médico jefe antes indicado señaló que autorizó la actividad luego de ser informado que serían tres los paramédicos que concurrían, agregando que atendido que eran nueve pacientes tal personal resultaba suficiente, declaración concordante con la de la psicóloga Alicia Utillano de fojas 200, que formaba parte del equipo terapéutico de Miguel Abarca, profesional que señaló que regularmente, de acuerdo a los reglamentos que conforman la normativa respecto de la salud mental, se exige una relación de un paramédico por cuatro pacientes. En igual sentido declaró también doña Bernarda Segovia a fojas 96, insistiendo en que un funcionario para tres pacientes es adecuado.*

Y sentencia la Corte en el considerando SEXTO: *“Que, en definitiva, no existe ninguna probanza en la causa que permita establecer que la caída al mar y posterior muerte del paciente Miguel Abarca Muñoz fue consecuencia de falta de servicio por parte de la demandada, requisito fundamental para establecer su responsabilidad en estos hechos, de manera que la demanda intentada no puede prosperar”*.

Concluye así la Corte que no existe la falta de servicio alegada, en base a las declaraciones que hace personal del servicio, en que afirman que este estaría siendo prestado en forma normal en una actividad incluida en el reglamento del Hospital, pero cuya forma de ejecución no estaría reglamentada pero si acreditada de haberse prestado de forma correcta por el personal a cargo.

### Conclusiones

La falta de servicio se alega en cuanto se considera que el personal paramédico a cargo de los pacientes era insuficiente. Lo que es desvirtuado por la declaración de tres profesionales, el primero, jefe de la Unidad de Mediana Estadía, indica que tres paramédicos eran suficientes para nueve pacientes, el segundo, la psicóloga Alicia Utillano, señalo que regularmente, de acuerdo a los reglamentos que conforman la normativa respecto de la salud mental, se exige una relación de un paramédico por cuatro pacientes. En igual sentido declaro también doña Bernarda Segovia a fojas 96, insistiendo en que un funcionario para tres pacientes es adecuado.

Los sentenciadores acogieron la demanda en base a una consideración objetiva de responsabilidad, en la que se atribuía responsabilidad al órgano solo porque el resultado dañoso se produjo durante una actividad a su cargo, pero sin considerar que la lexartis estaba efectivamente siendo cumplida por el órgano y los funcionarios a cargo de la actividad.

De tal forma no resulta correcto el reproche a la actividad administrativa en tanto se produjo un daño, pero la responsabilidad del órgano no se ve comprometida porque esta se

encuentra dentro de lo que es exigido por la lexartis para el desarrollo de la actividad de autos.

**3.5 - Corte Suprema, Rol 14299-2015. Fallo de 26 de enero de 2016. Tercera Sala. Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Rodríguez.**

En estos autos de indemnización de perjuicios por falta de servicio, el Tercer Juzgado Civil de Concepción desecha en su totalidad la demanda deducida por Sergio Omar Henríquez Mena, Rosa Arias Arias y la menor Paulina Antonieta Soñez Henríquez. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Concepción la confirma a fojas 358 y en contra de esa resolución los demandantes recurren de casación en el fondo.

Los sentenciadores del fondo indicaron en su fallo que no se acreditó la relación causal entre la falta de servicio y el daño.

En el considerando PRIMERO, con respecto a la alegación del recurrente, éste explica que :  
*“Es dable tener prima facie por comprobada la relación causal, pues aparece innecesaria, a diferencia de lo que sostiene el fallo en sus racionios décimo cuarto y décimo quinto, una prueba de carácter científico, porque de la aplicación de un simple criterio de un hombre medio se colige la imposibilidad que en una persona se produzca un edema en forma espontánea, sino que el mismo es corolario de un esfuerzo físico extremo como sería un parto natural en una paciente con cardiopatía congénita, sobre todo si ella desde su día inicial de hospitalización presentaba síntomas de cuidado tipo cardiaco. Aquello fue el detonante y la única causa de la formación del edema que desencadenó la muerte de la hija de los actores, de suerte que exigir un elemento científico o determinar que no se acredite la relación de causalidad conlleva a la inversión del peso de la prueba”.*

La parte recurrente acusa la existencia clara del vínculo causal, según aparece reseñado en el considerando CUARTO: *“Que los demandantes al fundar su pretensión aseveran que su hija, hoy extinta, Ana Henríquez Arias, pereció debido a una asfixia cuya causa originaria fue un edema agudo pulmonar como colofón de una crisis convulsiva sufrida el día 29 de diciembre de 2009; que produjo su deceso a las 17:30 horas, de ese mismo día, cuando tenía 16 años de edad, y una hija de menos de una semana de vida”.*

*“Aducen que Ana Paulina Henríquez Arias presentaba antecedentes cardiacos, ya que a corta edad sufrió un soplo cardiaco producido por un ductus arterioso persistente, el que le dejó una secuela de por vida la cual constaba en la ficha clínica N° 1051985 del Hospital Dr. Guillermo Grant Benavente. Agregan que producto de su embarazo, fue derivada del consultorio San Pedro de La Costa a dicho nosocomio, con una solicitud de interconsulta a la unidad de cardiología, tendiente a determinar la forma en que debía realizarse el parto, esto es, si de manera natural o por cesárea, lo anterior dado que el esfuerzo durante este podía tener consecuencias en la madre, por sus antecedentes cardiacos. No obstante la petición de interconsulta formulada, esta no se realizó, procediéndose al parto en forma natural, lo que a la posteridad produjo en Ana Paulina un edema pulmonar agudo, con la subsecuente defunción días después, siendo la causa de la muerte un edema pulmonar referido en una secuela directa e inmediata del exceso de esfuerzo físico efectuado durante el parto normal, que pudo haberse evitado con el procedimiento de cesárea”.*

Continua la recurrente indicando que la falta de servicio se presenta ya que *“la interconsulta era de toda necesidad para eludir cualquier inconveniente cardiaco de la paciente en el parto que debía ejecutarse, con el fin de prevenir cualquier riesgo cardiaco o de otra índole en quien se a enfrentar a un parto, y tomar acciones concretas con tal objetivo”.*

Los hechos de la causa se exponen en el considerando QUINTO:

A) Con fecha 15 de diciembre de 2009, a las 17:10 horas, ingresó doña Ana Paulina Henríquez Arias, a la Unidad de Obstetricia y Ginecología del Hospital Regional de Concepción Dr. Guillermo Grant Benavente.

B) El parto se produjo el día 21 de ese mismo mes de diciembre.

C) El día 29 de diciembre de dicho año, doña Ana Paulina Henríquez Arias, falleció de asfixia, como desenlace de la aspiración masiva de sangre producto de un edema pulmonar agudo, según el informe de autopsia número 736/09 entregado por la Unidad de Tanatología del Servicio Médico Legal y el certificado de defunción de fojas 85.

D) El médico que atendía a Ana Paulina Henríquez Arias ordenó la realización de electrocardiograma, para el cual debía ser derivada a la Unidad de Cardiología del mismo recinto hospitalario, mediante el sistema de interconsulta, en razón de sus antecedentes cardiacos.

E) La atención requerida por el médico tratante no se practicó.

La Corte se refiere al fundamento que tuvieron los sentenciadores de fondo para desestimar la demanda en el considerando SEXTO: *“Que el tribunal para denegar la acción tuvo en cuenta que: (...) sin perjuicio de tener por acreditada la omisión consistente en no haber realizado los exámenes pertinentes, específicamente un electrocardiograma a la paciente referida en autos, es menester señalar que no se ha acreditado en autos por los elementos probatorios agregados al proceso, que el fallecimiento de doña Ana Paulina Henríquez Arias, es consecuencia directa de la omisión constitutiva de falta de servicio referida, por cuanto si bien se acreditó en el proceso que la causa de muerte de doña Ana Henríquez fue asfixia, como consecuencia de la aspiración masiva de sangre producto de un edema pulmonar agudo, no es posible tener por acreditado que dicho edema pulmonar se produjo exclusiva y directamente por no haberse realizado los exámenes cardiológicos a la paciente. A mayor abundamiento, no se rindió prueba de carácter científico que permita establecer una relación de causalidad entre la preexistencia de un ductus arterioso persistente y el acaecimiento posterior de un edema pulmonar agudo”*.

Termina la Corte por fallar que el recurso no puede prosperar.

### Conclusiones

A pesar que hubo un resultado dañoso en la ejecución de la actividad, los jueces consideran que no es posible tener por acreditado que dicho edema pulmonar se produjo exclusiva y directamente por no haberse realizado los exámenes cardiológicos a la paciente. A mayor abundamiento, no se rindió prueba de carácter científico que permita establecer una relación de causalidad.

Vemos la importancia que tiene en materia médica a producir pruebas científicas que den sustento a nuestras pretensiones, ya que en este ámbito tan específico no podemos pretender que los jueces logren concluir que un resultado “X” está relacionado con un hecho constitutivo de falta de servicio, por lo que deberemos dejar siempre claro, y de la forma más contundente posible, que el hecho dañoso que alegamos constituye la falta de servicio, está vinculado causalmente con el resultado dañoso sobre el cual se alegan los perjuicios.

### **3.6 - Corte Suprema, Rol 29365-2014. Fallo de 03 de diciembre de 2015. Tercera Sala. Redacción a cargo de la Ministra Sra. Egnem.**

En estos autos se demanda la indemnización de los perjuicios sufridos por la parte demandante, como consecuencia de la negligencia médica en la que se incurrió en la atención de una persona de la tercera edad al concurrir al Hospital Carlos Van Buren, y que trajo como consecuencia su fallecimiento, precisamente por la falta de atención que lo afectó en la Unidad de Atención de Emergencias de ese centro asistencial o, en subsidio, por privarle de la posibilidad de recuperarse y seguir viviendo.

Al contestar, el demandado solicitó el rechazo de la acción intentada, para lo cual niega que su parte haya incurrido en falta de servicio, falta personal ni relación de causalidad entre el obrar del personal sanitario y el resultado por el que se impetra la indemnización de autos. *Aduce que el paciente llegó en buenas condiciones, sin signos que permitieran calificarlo como paciente grave o de alto riesgo vital, y destaca que el sumario administrativo terminó por sobreseimiento al no configurarse responsabilidad administrativa de funcionarios del servicio al que representa.*

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, toda vez que el fallador concluyó que no se cumplió en la especie el requisito fundamental de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuál es la comisión de un delito o cuasidelito, y que éste haya sido el elemento generador de un daño a los actores.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de los recursos de casación en la forma y de apelación deducidos por los demandantes, revocó la sentencia apelada y en su lugar

acogió, sin costas, la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio derivada de la falta de chance de sobrevida, deducida como petición subsidiaria de lo principal a fojas 1, y en consecuencia condenó al Hospital Carlos Van Buren a pagar la indemnización por concepto de daño moral al hijo Luis Mauricio Vasquéz Vasquéz \$5.000.000.- (cinco millones de pesos) a la nuera Teresa del Pilar Contreras Vidal \$1.000.000.- (un millón de pesos) y para la nieta Katty Vasquéz Contreras \$1.000.000.- (un millón de pesos).

Este fallo es revisado por la vía de casación de oficio, derivada de la falta de fundamento que aprecia la Corte Suprema en el fallo de segunda instancia al regular los montos de las indemnizaciones otorgadas: “(...) *los falladores se limitan a enumerar diversas razones conforme a las cuales llegarían a la conclusión de que el referido quantum debe ser el que señalan más adelante, pese a lo cual no precisan de qué modo tales razones influyen o definen su decisión (considerando SEPTIMO)*”. Lo anterior configura el vicio de casación formal contemplado en el N°5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N°4 del mismo cuerpo legal.

Se procede a dictar la sentencia de reemplazo correspondiente, que veremos a continuación.

Son hechos de la causa los siguientes consignados, en el CONSIDERANDO 3° de la sentencia de reemplazo (1°):

*1 – Don José Luis Vásquez Velásquez ingreso a la Unidad de Emergencia del Hospital Carlos Van Buren el 03 de marzo de 2008 alrededor de las 19:30 horas, siendo recibido por el auxiliar paramédico Francisco Soto Quiroz en el estacionamiento de ambulancias en una silla de ruedas, observando en el trayecto de su traslado, al interior de Urgencias, que este se encontraba vigil, colaborador, tranquilo y con leve disnea, ingresándolo al Box N°1, informando al paramédico Castro el motivo de consulta del paciente, solicitando en forma paralela al familiar que lo acompañaba que realizara el trámite de inscripción y admisión.*

*2 – El citado paciente fue ingresado al box 1 por instrucción de la enfermera de turno, donde quedó ubicado entre las camillas en la misma silla de ruedas, sin que se le tomaran los signos vitales.*

3 – A las 19:50 horas la paramédico Srta. Salinas ingresa al box 1 a buscar la silla de ruedas que ocupaba el paciente Vásquez Velásquez, a quien trasladó hasta un sillón del mismo box, observándolo tranquilo y cooperador con la actividad.

4 – El señalado día no se estaba priorizando a pacientes por encontrarse con licencia la enfermera a cargo, pese a que el jefe de la Unidad de Emergencia había dispuesto que esta tarea la realizaran los médicos de turno.

5 – Cerca de las 20:00 horas se produjo el cambio de turno, encontrando el auxiliar paramédico Sr. Lillo en un sillón de atención de dicho box al paciente senil, pálido y lateralizado hacia su derecha, constatando la ausencia de respiración y pulso. La enfermera de turno saliente refiere que no ha sido constatado el fallecimiento.

6 – Aproximadamente a las 20:15 horas ingresa al box el médico Astrosa, quien ordena instalar un monitor cardiaco el que evidencia sistolia, sin indicar maniobras de reanimación y constata el fallecimiento, sin dejar registro en documentos de la Unidad.

7 – Por instrucciones de la jefa del turno Dra. Fuentes, al no contarse con la identificación del paciente, se inscribe en su fallecimiento como NN, según aparece en Hoja DAU N° 2052, que registra como hora de ingreso al Hospital las 20:29 horas y hora de atención profesional 20:35 horas, con diagnostico presuntivo “paciente fallecido en box”, consignándose a continuación, luego de una raya oblicua, José Luis Vásquez Velásquez DAU 1999.

8 – A las 20:35 horas el occiso es reconocido por el auxiliar Sr. Freire como su vecino, lo que permite relacionarlo con la consulta DAU N° 1999 y llamar a su familiar, a quien se comunica el deceso, documento en el que se registra el ingreso de José Luis Vásquez Velásquez con su identificación completa a las 19:35 horas, de 71 años de edad, 4 meses 28 días, quien consulta por “dificultad respiratoria, asma bronquial” procedente del Consultorio Reina Isabel, registrándose la atención profesional a las 20:35 horas, consignando como diagnostico presuntivo “paciente fallecido en box”.

9 – El informe de la autopsia consigna como causa de muerte del señor Vásquez Velásquez “infarto agudo al miocardio”.

*10 – El referido señor Vásquez Velásquez registra en la ficha clínica que mantiene en el Hospital Van Buren a partir del 24 de mayo de 2004, consultas por una hernia inguinal, retención de orina, dificultad respiratoria, resección transuretral y disnea, siendo la fecha de su última consulta el 2 de enero de 2006.*

El CONSIDERANDO 4° de la sentencia de reemplazo se refiere a la pericia que indica la falta a la *lex artis*: “*La pericia evacuada por el médico forense Leonardo González Wilhelm, que se encuentra guardada en la custodia de esta Corte, da cuenta de que en la especie “concurrieron faltas a la lex artis por parte del personal paramédico (que no realizó el control de los signos vitales del paciente) y de la enfermera de turno saliente, quien no verificó la condición de urgencia de Vásquez Velásquez ni su estado clínico previo a la entrega de turno”, a lo que añade “que la atención medica otorgada por el Dr. Astrosa y por la Dra. Olivos transgredió también la lexartis, por cuanto ambos facultativos omitieron injustificadamente el indicar y aplicar maniobras de reanimación cardiopulmonar en circunstancias que Vásquez Velásquez –conceptualmente– se encontraba en esos momentos en paro cardiorespiratorio y no fallecido”, las que “condicionaron que el paciente no fuera evaluado, diagnosticado ni sometido a esfuerzo terapéutico alguno, privándolo de cualquier chance de sobrevivida”.*

CONSIDERANDO 5°: “*Que tales antecedentes condujeron a los sentenciadores de segunda instancia, acertadamente a juicio de esta Corte, a concluir que el demandado incumplió los parámetros mínimos exigibles en la atención del paciente Vásquez Velásquez, lo que denota que el otorgamiento de la prestación de salud, vale decir, de aquella que le es propia y que resulta ser consustancial a su labor, debe ser calificado de imperfecto, de negligente e, incluso, de haberse ejecutado sin respetar los protocolos médicos de rigor, con lo que el personal de su dependencia falta a la lex artis que rige su actuación, antecedentes a partir de los cuales se puede establecer la concurrencia en autos de una falta de servicio atribuible al Hospital Van Buren”.*

Luego, en el CONSIDERANDO 6°, se refiere al vínculo causal: “*Que enseguida, y tal como lo establecen los jueces del fondo, no se demostró la existencia de un vínculo causal entre dicha falta de servicio y el fallecimiento del señor Vásquez Velásquez, motivo por el que, en una decisión ajustada a Derecho, desestiman la demanda deducida en vía*

*principal*”. Este número tiene directa relación con el 13° que veremos más adelante y por el cual termina por acogerse la demanda, puesto que la Corte estima que si bien el resultado pudo no ser causa directa de la falta de servicio, dicha falta si produjo la *pérdida de la chance* que tenía el paciente de recuperarse si hubiera sido tratado a tiempo.

En el CONSIDERANDO 7° se refiere la Corte que los magistrados de segunda instancia consideraron que lo perdido por el paciente fue “la chance”, de la siguiente forma: “*Que, esclarecido lo anterior, los magistrados del mérito examinan y acogen la concurrencia en la especie de lo que se ha llamado indemnización por perdida de chance u oportunidad, la que hacen consistir en que las faltas a la lex artis antes referidas de parte del personal de enfermería y médico del Hospital Van Buren privaron al paciente de acceder a la oportunidad de salir del infarto y salvar la vida, es decir, de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, lo que ocasiono el daño demandado, en el sentido de privar a su hijo, nuera y nieta de seguir contando con la presencia de su pariente*”.

En el CONSIDERANDO 8°, se formulan algunas definiciones de interés sobre lo que se entiende por *chance* en la doctrina: “*la hipótesis es aquella de un interés en juego que se ha perdido, habiendo cometido el agente un hecho culposo. Pero no existe certeza que ese hecho culposo haya sido siquiera una condición sine qua non de la pérdida del interés, pues este habría podido perfectamente desaparecer, por causas naturales, sin la culpa del agente. Resulta, entonces, que el interés en juego era aleatorio, que existían solamente oportunidades de obtenerlo (Chabas, Francois: Cien años de responsabilidad civil en Francia, Van Dieren Editeur, París 2004, pág. 76)*”.

“*También se ha dicho: Enseñaba Cazeaux que entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina, y tal es el caso de la chance. El mismo autor añadía: 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 obtenida cierta ganancia o evitado cierta perdida. Es decir, que para un determinado sujeto 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*”.

(Félix Trigo Represas, *Perdida de Chance*. Editorial Astrea Buenos Aires, 2008. Pág. 25).

En el CONSIDERANDO 9° se refiere el fallo a lo que la Corte considera como chance, indicando que *“la perdida de chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una perdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de perdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la victima tenia oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya sea mencionado”*.

En el CONSIDERANDO 10° la Corte nos precisa qué es lo que debe repararse con la pérdida de chance: *“Que en este sentido se ha sostenido también que: Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de esta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir; antes bien, la perdida de la chance se hace indemnizable solo cuando las chances representan para la victima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...] En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor (Ignacio ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. *Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267)*

El CONSIDERANDO 11° se refiere a las chances en materia de autos. *“Que, en relación a la situación concreta en materia de estos autos, cabe destacar que se ha sostenido que: En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, ‘cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances..., la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la perdida de la vida, sino la perdida de las chances que le quedaban cuando*

*el médico intervino (...) El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico (Félix Trigo Represas, op. Cit. Pág. 191 y 192)”.*

En el CONSIDERANDO 12° se refiere el fallo al informe pericial evacuado, que indica “(...) la evaluación médica debió concluir que se estaba en presencia de un enfermo en paro cardiorrespiratorio y no ante una persona fallecida. En este escenario –acorde a la *lex artis*– correspondía necesariamente aplicar maniobras de reanimación cardiopulmonar por un lapso de al menos 30-40 minutos Esta conducta fue omitida por el doctor Astrosa como por la doctora Olivos. (...) afirma luego que la decisión del doctor Astrosa no se encuentra sustentada por los criterios vigentes a la época para la reanimación cardiopulmonar (...) en relación a las omisiones en que incurrió el personal paramédico y la enfermera de turno saliente, que su consecuencia más inmediata consistió en que no se apreciara objetivamente el estado de urgencia del paciente, determinando que ninguno de los médicos fuera avisado oportunamente que éste necesitaba ser atendido. Esto condicionó directamente que se le privara a Vásquez Velásquez de la oportunidad de ser sometido a una terapia idónea, y enfatiza que, una evaluación clínica expedita resultaba crucial en este paciente, por cuanto la mortalidad asociada a un shock cardiogénico en el contexto de un infarto agudo al miocardio es alta y la posibilidad de implementar una terapia con buen resultado va disminuyendo en la medida que pasa el tiempo. Subraya a continuación, en lo concerniente a los enfermos que sufren un colapso cardiovascular no presenciado y que presentan asistolia al momento de constatarse el paro, que si bien en ellos el pronóstico vital en líneas generales es malo, la probabilidad de sobrevivir con maniobras de reanimación si existe”. El informe pericial luego indica que “lo realmente objetable en relación a los médicos Astrosa y Olivos consiste en que no indicaran ni le efectuaran maniobras de reanimación al paciente, por cuanto ello permitió que el paro cardiorrespiratorio en el que encontrado el paciente evolucionara naturalmente hacia la irreversibilidad y, por ende, se produjera la muerte del enfermo”.

El CONSIDERANDO 13° agrega al respecto: “Que en las referidas condiciones, si bien no es posible atribuir causalmente a la falta de servicio descrita el fallecimiento del Sr.

*Vásquez Velásquez, tal negligente proceder lo privó, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar dignamente por su vida”.*

Y concluye la Corte en el CONSIDERANDO 17º: *“Que entendidas así las cosas, estos sentenciadores han llegado al convencimientos de que, **como consecuencia de la falta de servicio atribuida al demandado, al señor Vásquez Velásquez no se le privó de la vida sino dé la oportunidad de luchar dignamente por ella**, y tienen en especial consideración las circunstancias en que ocurrió su fallecimiento, particularmente gravosas dado que acaeció en un centro de atención de urgencia inserto en un importante hospital de la Quinta Región, entre las que se cuenta, como ha quedado debidamente probado en autos, que el paciente no solo estuvo abandonado por largo tiempo sino que, además, la negligencia llegó al punto de que su identidad únicamente pudo ser establecida de manera fortuita después de que, individualizado como NN en los documentos que daban cuenta de su fallecimiento, fue reconocido por un vecino que trabajaba en el lugar. Es decir, no solo se le dejó morir solo en el interior del recinto sino que, tras su muerte, no siquiera se le reconoció la mínima dignidad de ser debidamente individualizado”.*

La Corte revoca el fallo, y en su lugar, se acoge la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio derivada de la pérdida de oportunidad de sobrevivir, deducida como petición subsidiaria de lo principal del libelo de fojas 1, y se condena al Hospital Carlos Van Buren a pagar, por concepto de daño moral la suma de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos) a doña Teresa del Pilar Contreras Vidal y de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos) a doña Katty Vásquez Contreras.

### Conclusiones

La falta de servicio puede alegarse no sólo sobre el resultado dañoso sino también como fundamento de la responsabilidad en la pérdida de chances que tiene el enfermo desde que el médico interviene.

El sumario administrativo interno puede ser contrastado con un informe pericial del hecho dañoso y las causas de este, el cual puede servir de base para establecer apreciaciones diferentes sobre la responsabilidad que compete al funcionario médico.

La responsabilidad del órgano se constata en cuanto el sistema de turnos no funcionó correctamente, ya que la información no pasó correctamente de los encargados de un turno hacia el otro, lo que derivó en un tiempo de espera mayor en el paciente.

También derivó de la falta a la lexartis, que se encuentra en el actuar de los médicos que no realizaron las maniobras de resucitación exigidas por la práctica en estos casos, tal como se indica en el informe pericial aludido en el proceso.

**3.7 - Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 1016-2014. Fallo de 14 de diciembre de 2015. Primera Sala. Redacción del Ministro Suplente Sr. Francisco del Campo Toledo.**

En estos autos, el aquo rechaza la demanda deducida en contra del Servicio de Salud de Reloncavi, resolución que es apelada, y la Corte de Apelaciones de Puerto Montt revoca la sentencia y declara que acoge y condena a pagar la suma de cincuenta millones de pesos (50.000.000.-) al demandante por los perjuicios que le causó la falta de servicio de dicho organismo.

Para mayor claridad, comenzaremos reproduciendo el considerando UNDECIMO del fallo de la Corte Suprema (que, en definitiva, rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el referido Servicio de Salud) y que expone los hechos de la causa, y luego nos dirigiremos a la sentencia de segunda instancia que nos interesa:

*1 – Que el actor, en el marco del desarrollo de sus funciones laborales, sufrió un accidente el día 6 de julio de 2008, cayendo desde una jaula flotante a la superficie de la embarcación en que se transportaba, enterrándose un lápiz en el paladar blando de la cavidad bucal;*

2 – *Que ingresó al Hospital Base de Puerto Montt, el mismo día, a las 11:55 horas siendo atendido por el médico de turno a las 13:55 horas, revisado por el personal médico y derivado a su casa, recetándole analgésicos;*

3 – *Que reingresó el mismo día a las 18:40 horas, siendo atendido dos horas y media después, ordenándose su hospitalización;*

4 – *Que se determinó una crisis isquémica transitoria y finalmente un infarto cerebral extenso, y disección de la arteria carótida;*

5 – *Que el actor quedó con secuelas físicas, motoras y mentales irreversibles, consistentes en trastorno del lenguaje, paresia de hemi cuerpo derecho, incapacidad laboral por invalidez física del 70%.*

La Corte de Apelaciones respectiva, en su numeral CUARTO, comienza a tratar sobre lo que entendemos por falta de servicio: “(...) *corresponde analizar si los fundamentos de la acción deducida, esto es, determinar si el servicio público demandado incurrió o no en responsabilidad extracontractual por la llamada falta de servicio que como lo ha reconocido la jurisprudencia se configura si concurren los siguientes requisitos: (a) existencia de una falta o disfunción del servicio a que la demandada estaba obligada a prestar, o sea que el servicio no se haya prestado o lo haya sido inadecuada o tardíamente; (b) el perjuicio causado; (c) que entre la falta de servicio y el daño sufrido exista relación de causalidad (Corte Suprema, Rol 5605-2009)*”.

Continúan los sentenciadores refiriéndose a cada uno de estos tres requisitos en la forma en la que se configurarían en autos.

QUINTO: “*Que en relación al primer requisito de la acción, esto es, que el servicio al que estaba obligado el demandado, no se haya prestado o lo haya sido tardíamente, en este sentido, se configuraría en este segundo sentido, pues el artículo 1 del D.F.L. N°1 del Ministerio de Salud, establece que: ‘Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar,*

*controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones’, siendo el Hospital Base de Puerto Montt parte de la red asistencial del Servicio de Salud de Reloncavi, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, por tanto tenía la obligación de prestar asistencia al demandante ante el accidente sufrido, no cuestionándose el hecho de que el Hospital Base prestara la atención al demandante, sino lo tardío que ello ocurrió, y por eso las complicaciones y consecuencias sufridas por el actor, estableciéndose en el artículo 38 de la Ley N° 19.966 que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables por los daños que causen a particulares por falta de servicio”.*

Con respecto a la prueba ofrecida nos parece importante, para la comprensión del caso, lo indicado en el numeral SEPTIMÓ de la sentencia de segunda instancia: *“Del documento que fue exhibido por el demandado en audiencia de fojas 308, y que se encuentra en custodia, correspondiente al protocolo selector demanda de la unidad de emergencia del Hospital de Puerto Montt, a junio de 2007, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, se plantea que los pacientes C3 –como había sido catalogado el paciente de autos en ambos ingresos al Hospital–, son pacientes de complejidad media y que por el carácter de su patología requerirán de acciones diagnósticas y terapéuticas que determinan un periodo de observación o de hospitalización abreviada de algunas horas antes de su alta, lo que no ocurrió en el caso del demandante, quien luego de su primera atención fue despachado a su domicilio, con antiinflamatorios y derivado al consultorio, por lo que no se siguió dicho protocolo, y que de haberse cumplido habría evitado el segundo ingreso del actor, pues habría sido monitoreado y vigilado la evolución de su herida, pues si bien todos los testigos del demandado, concuerdan en que se trataba de un cuadro que se fue agravando, pues en la primera atención era imposible predecir la lesión a la arteria carótida, al menos de acuerdo a lo declarado por el testigo neurólogo Enrique Aguilar, se habría beneficiado con la atención rápida”.*

*“En este sentido, si bien en el protocolo vigente desde junio de 2007, no señala tiempo de atención, en el protocolo posterior y vigente desde 2009, indica que estos pacientes calificados como C3, debe ser atendidos dentro de los treinta minutos, lo que no ocurrió en ninguna de las dos atenciones recibidas por el demandante, pues en la primera atención se*

*demoraron casi dos horas en atenderlo y en la segunda, en la que incluso parecía más grave, se demoraron casi cuatro horas.”*

Al segundo requisito se refiere en el numeral NOVENO: *“Que en cuanto al segundo requisito, esto es, el perjuicio causado, en la presente causa se ha demandado la reparación del daño moral sufrido por el actor, el cual como ha dicho nuestra jurisprudencia puede ser inferido a través de presunciones judiciales, y de la prueba rendida en especial del informe pericial social de fojas 396 de autos, en cuanto se estima que el demandante al momento de los hechos tenía 28 años, y actualmente 35 años, según su certificado de nacimiento de fojas 219, y que producto de lo ocurrido, dejó de trabajar como guardia marítimo, trabajo por el cual percibía \$250.000.- mensuales, viviendo actualmente con sus padres, quienes lo ayudan económicamente, pues éste gana \$117.480.- que corresponden a una pensión por invalidez, atendido la resolución de Compín que declaró que el actor tiene una discapacidad del 70%, a fojas 196 de autos. Además el actor tiene una hija de 9 años a quien debe ayudar económicamente”.*

*“Asimismo, se corroboraron las secuelas sufridas por el demandante con los informes de fonoaudióloga de fojas 222, que señala que el actor posee una afasia traumacortical motora moderada en evolución, alexia severa, agrafía moderada, acalculia retardada, agregando que comprende lectura de estructuras gramaticales similares a un niño de 4° básico, copia con dificultades gráficas y solo puede hacer cálculos con dos dígitos. Asimismo, el informe del psicólogo a fojas 224, afirma que el actor posee retardo mental leve”.*

El numeral DECIMO de la sentencia concluye el análisis de los perjuicios sufridos, para terminar dándolo por acreditado: *“Que todo lo anteriormente reseñado, permite concluir que producto del accidente sufrido y al haber quedado con secuelas que podrían haber sido evitadas o al menos podrían haber sido menores con un tratamiento oportuno, el demandante vio alterada sus condiciones normales de vida, partiendo por el hecho de que ya no pudo trabajar como guardia marítimo y debe ser ayudado económicamente por sus padres, lo que se ve corroborado con las declaraciones de los dos testigos del demandante, a fojas 239 y 241, que conocen al demandante y dan cuenta de la situación personal de este y de su afectación luego del accidente, por lo que en su determinación se tendrá*

*presente lo establecido en artículo 42 de la Ley N° 18.575 Ley de Bases, y en el artículo 41 de la Ley N° 19.966, en cuanto que la indemnización del daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectados con el daño producido, atendiendo a su edad y condiciones físicas, lo que esta Corte estima en \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos)”.*

Con respecto al vínculo causal, es decir el tercer requisito, alude al él el numeral DECIMO de la sentencia: *“Que en cuanto al tercer requisito, esto es, la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño producido, resulta evidente que la crisis isquémica transitoria que sufrió y derivó en su segunda atención de urgencia, podría haber sido detectada con anterioridad o atendido prontamente si es que el actor hubiese quedado bajo observación en el mismo Hospital Base, como lo indicaba el protocolo de priorización de pacientes en atención de urgencia, por lo cual si bien es posible como lo declaran todos los médicos testigos del demandado, el pronóstico hubiese sido igual con el tratamiento, no es menos cierto que el testigo Enrique Aguilar declara que igual se podría haber beneficiado con una atención médica especializada rápida”.*

Termina la Corte de Apelaciones revocando la sentencia en alzada y acogiendo la demanda declarando la indemnización que se indica en el numeral de arriba.

### Conclusiones

En este caso fue crucial contar con un protocolo preexistente para configurar la responsabilidad, ya que es de ese protocolo que se tiene por infringida la lex artis del caso, ya que la demora en la atención fue lo determinante para establecer la relación de causalidad entre la falta de servicio y el resultado dañoso.

## CONCLUSIONES FINALES

1 – Comprometer la responsabilidad del Estado era, antiguamente, un problema para el particular que resultaba perjudicado por los daños que causaba el actuar de éste, ya sea por la falta de legislación sobre el principio de responsabilidad del Estado o porque primaba en los jueces la idea de la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de actos de la administración. En Chile, la falta de servicio hace posible que se responsabilice directamente a la Administración del Estado por sus hechos.

2 – El artículo 38 de la Constitución Política de la República, faculta a los tribunales ordinarios para conocer de los hechos de la Administración del Estado que se deriven de la falta de servicio

3 – La Ley N°18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es el estatuto que responsabiliza directamente a la Administración del Estado e integra por primera vez en la legislación chilena el concepto de falta de servicio como factor de imputación de responsabilidad. En ella, son fundamentales los artículos 4 y 42, en la materia que estudiamos.

4 – En Chile, el primer intento legislativo para responsabilizar a la Administración estatal se da en el marco de la dictación del DL 1289 de 1976, antigua Ley Orgánica de Municipalidades, en el cual se reconocía el deber de los municipios de responder por los daños causados en el marco de su responsabilidad extracontractual cuando sus servicios funcionaban deficientemente.

6 – El principio de responsabilidad del Estado queda establecido en la Constitución Política de 1980 en el artículo 6 al establecer que *los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.*

7 – Para resolver respecto de la responsabilidad de las municipalidades en las acciones que aleguen daños producidos por desperfectos en las calzadas o faltas de señalización deberemos considerar, de la Ley N°18.695 de Municipalidades, el artículo 5 letra c) que confía al municipio la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público dentro del territorio jurisdiccional de la comuna; el artículo 26 letra c) que asigna a las

municipalidades la función de señalar adecuadamente las vías públicas y; el artículo 152 que afirma la responsabilidad de la municipalidad por los daños que cause por falta de servicio.

8 – Para complementar lo anterior, deben relacionarse, de la Ley N°18.290 de Tránsito, el artículo 94 que responsabiliza a las municipalidades de la instalación y mantención de la señalización del tránsito; el artículo 169 inciso 5° que establece la responsabilidad civil de las municipalidades por los daños que se causen con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización, y el artículo 188, que obliga a los inspectores municipales a tomar nota de todos los desperfectos en las calzadas y aceras y su deber de comunicarlo a la repartición respectiva para su reparación.

9 – El desperfecto debe tener la entidad material suficiente para comprometer la responsabilidad de la municipalidad.

10 – La responsabilidad sanitaria del Estado queda establecida en la Ley N°19.966 del año 2004, que dispone a la falta de servicio como el factor de imputación específico para comprometer este tipo de responsabilidad estatal.

11 – La discusión actual gira en torno al estándar que se le puede hacer exigible al servicio y no en torno a la forma de comprender la falta de servicio. Es decir, es mayoritariamente aceptada la tesis de que el servicio responde como un sistema de responsabilidad subjetivo, donde debe probarse el daño, la relación de causalidad y el actuar deficiente del órgano. Lo que se entenderá como culpa del servicio, y el juez deberá constatar la carencia, ausencia u oportunidad de la actividad para calificar, o no, el hecho, de falta de servicio. No se trata así de una responsabilidad objetiva o estricta.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS BOURIE, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Jurídica de Chile, 2006. 1230 p.

CORDERO VEGA, L. La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema En: LETELIER, W. (coord.). La falta de servicio. Santiago:AbeledoPerrot, 2012. pp. 57-97.

LETELIER WARTENBERG, R. (coord.). La Falta de Servicio. Santiago:AbeledoPerrot, 2012. 456 p.

ORREGO ACUÑA, J. (2011). Tendencias Modernas Sobre responsabilidad. 2015.

[Visitado mayo 2016]. Disponible en:

<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>.

PIERRY ARRAU, P. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio.

[Visitado mayo 2016]. Disponible en:[https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES-)

[a3e6648a6db2/Rev\\_1\\_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES-](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES-).

PIERRY, P. Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia.

[Visitado mayo 2016]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/fa98d9c3-6088-45d5-8879-4fcef7f7e939/3.pdf?MOD=AJPERES>.

VALDIVIA, J.M. Orígenes de la noción de falta de servicio En: LETELIER, W. (coord.)

La falta de servicio. Santiago. AbeledoPerrot, 2012. pp. 29-43.

## **JURISPRUDENCIA - FALLOS**

Corte Suprema Rol 5034-2008

Corte Suprema Rol 5874-2009

Corte Suprema Rol 5608-2009

Corte Suprema Rol 2787-2008

Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 849-2010

Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 1081-2007

Corte Suprema Rol 6675-2015

Corte Suprema Rol 8722-2015

Corte Suprema Rol 8100-2015

Corte Suprema Rol 363-2009

Corte Suprema Rol 4811-2009

Corte Suprema Rol 5663-2009

Corte Suprema Rol 14299-2015

Corte Suprema Rol 29365-2014

Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 1016-2014