



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO:

TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y CONTROL

**LOS ESTÁNDARES DEL COMPORTAMIENTO DEBIDO EN LA
FALTA DE SERVICIO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

LUIS ZAMBRA ALLIÚ

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho Público

Profesor Guía: GABRIEL CELIZ DANZINGER

Santiago, Chile

2022

**LOS ESTÁNDARES DEL COMPORTAMIENTO DEBIDO EN LA FALTA DE SERVICIO COMO
FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

Luis Zambra Allú
Universidad Finis Terrae
l.zambra.alliu@gmail.com

Resumen

La responsabilidad del Estado constituye uno de los principios jurídicos que integran un Estado de Derecho. Luego, la falta de servicio, como el factor de atribución por antonomasia de esta responsabilidad, exige determinar cuál es el modelo de conducta o estándar que el ciudadano puede exigir de su administración, correspondiendo al juez su construcción, ya de una manera objetiva, contrastándolo con un deber, o bien, de una manera subjetiva, considerando las condiciones fácticas en la que el daño ha tenido lugar. De la aplicación de uno u otro estándar va a depender derechamente la extensión de la falta de servicio y consecuentemente la mayor o menor minuciosidad del operador jurídico en la defensa de sus intereses, constituyéndose en un factor determinante en el resultado de la acción deducida contra el Estado.

Palabras clave: (Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio, Factor de Atribución, Estándares, Comportamiento Debido)

Abstract

The responsibility of the State constitutes one of the legal principles that make up a State governed by the rule of law. Then, the lack of service, as the factor of attribution par excellence of this responsibility, requires determining what is the model of conduct or standard that the citizens may demand from their administration, and the judge is responsible to build it. This can be carried out in an objective manner, contrasting it with a duty, or in a subjective manner, considering the factual conditions in which the damage has taken place. The application of one or the other standard will directly determine the extent of the lack of service and consequently the greater or lesser thoroughness of the judicial operator in the defense of its interests, becoming a determining factor in the outcome of the action brought against the State.

Key words: (State Responsibility, Lack of Service, Attribution Factor, Standards, Due Conduct).

Introducción

Una progresión un tanto reciente, que parte desde la inmunidad y decanta en la responsabilidad patrimonial del Estado, ha ocurrido en las últimas décadas en nuestro Derecho Administrativo. Así, la consagración de la Falta de Servicio como factor de atribución de la responsabilidad estatal ha encontrado una consagración positiva recién en la década del 70, alcanzando al poco tiempo, incluso, un nivel constitucional, erigiéndose como una garantía para el ciudadano, pero también como un medio de control de este respecto de su administración.

La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema una vez superado el fundamento de la responsabilidad estatal, ha puesto sobre la mesa el cuestionamiento de si el reproche es con relación al caso concreto, o bien, a una construcción normativa de carácter general. De esta forma, la adecuación de la conducta de la administración a uno de dichos estándares produce resultados que en algunos casos pueden ser totalmente opuestos, identificándose desde ya, en esta determinación de la antijuridicidad del comportamiento estatal, un estándar que está predispuesto a la víctima de la actuación anormal del Estado y otro predispuesto precisamente a la Administración. La importancia de determinar la aplicación de uno u otro parámetro incide derechamente en la extensión de la falta de servicio y la mayor o menor acuciosidad del operador jurídico en la defensa de sus intereses, pero, además, sobre sí construye una herramienta de equilibrio y de control importante, pues a partir de la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad, logramos delimitar qué es lo que el ciudadano esta en derecho de exigir de un servicio público moderno, situación que es de una constante y sostenida evolución.

El presente artículo se centra en cómo se ha abordado el tema en estudio desde, primero, una contextualización de la responsabilidad patrimonial a través del desarrollo jurisprudencial de la misma, para luego, desde un enfoque dogmático y casuístico, referirse a la importancia de la antijuridicidad de la actuación estatal y de la función del órgano en la determinación de la falta de servicio, finalizando con el análisis de los estándares del comportamiento debido de la administración y su aplicación por la jurisprudencia, con el objeto de encontrar una respuesta a la interrogante de cuál de aquellos es más conveniente, en cuanto a su aplicación, ya sea para los intereses de los ciudadanos comprometidos con el actuar estatal, como para el desarrollo de la administración del Estado.

1. Contextualización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Uno de los pilares del Estado de Derecho corresponde precisamente a la responsabilidad de nuestra Administración, esta última, criticada por su escasa regulación legal a pesar de su trascendental importancia¹, ha sido objeto de un claro desarrollo jurisprudencial, existiendo a su respecto una serie de tramos alternados, tanto evolutivos como involutivos, derivados, éstos últimos especialmente, de la importación de institutos foráneos aplicados a la materia en cuestión². En efecto, en nuestro país, la evolución de la responsabilidad de la Administración se desarrolló, primero, desde un punto de vista netamente jurisprudencial y posteriormente en la regulación especial o sectorial, como ha acontecido últimamente, por ejemplo, en materia sanitaria³. Luego, durante dicho periodo evolutivo, es posible observar que nuestros Tribunales de Justicia enfrentaron las acciones de responsabilidad estatal con criterios eminentemente cambiantes, entre otras razones, por lo que algunos autores consideraron, la imprecisa e indeterminada regulación legal existente⁴, u otros, más críticos aun, hablando derechamente de una “anarquía jurisprudencial”, encontraron su fundamento en el amplio margen interpretativo que dispone el juez ante la genérica modelación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵. Estas duras críticas al periodo evolutivo y modelador de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y más precisamente al carácter indeterminado y poco previsible del resultado de las acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado deducidas en dicho periodo, atacan derechamente la labor jurisdiccional de los jueces, quienes se han visto enfrentados, desde hace décadas, a un sostenido aumento de acciones en que los ciudadanos, hoy, con una nueva mentalidad en relación a los derechos que le asisten, como así, con una idea más exigente de las necesidades que los servicios públicos han de satisfacerles⁶, exigen la reparación

¹ ROMÁN (2014)

² ROMÁN (2010)

³ La ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, instituyó un sistema particular de responsabilidad por falta de servicio, cuyo artículo 38 inciso 1° reza de la siguiente manera: “Los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”.

⁴ CORDERO (2016)

⁵ ROMÁN (2016)

⁶ Como explica Izaskun Linazasoro Espinoza, el Derecho a una Buena Administración Pública, consagrado normativamente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conocida también como Carta de Niza, responde a una época de cambios del Derecho Administrativo, el cual responde, en primer lugar, a una alteración del paradigma que muestra un tránsito desde las potestades y privilegios de la Administración a los derechos de los ciudadanos. Luego, si bien nuestra Constitución Política de la República no reconoce el derecho en forma explícita, sí establece lo que puede denominarse el “núcleo de

de los daños sufridos por el actuar estatal, debiendo la Judicatura, desde la indefinición legal de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración dar lugar a la definición judicial de ellos⁷. En efecto, se ha dicho que el juez para resolver un caso de responsabilidad patrimonial del Estado puede emprender, a su entero arbitrio, diversos caminos interpretativos referidos tanto a cada uno de los presupuestos de la misma, como a su alcance conceptual, los que por lo general llevarán a soluciones distintas, e incluso en muchas ocasiones contradictorias, sindicándose dicho fenómeno como una “justicia intuitiva”, situación criticada por algunos autores en tanto excedería el marco de las funciones jurisdiccionales, ya que importaría la adopción de decisiones de carácter político, tales como determinar el destino de los recursos públicos, establecer qué garantías tendrán los administrados frente a la Administración y fijar el estándar de eficiencia exigible a ésta.⁸

Así, como punto de partida, se ha sustentado la existencia de la responsabilidad estatal construyéndola a partir de los artículos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 38º de la Constitución Política de la República y artículos 4º y 42º de la Ley N° 18.575⁹. De esta forma, alguna doctrina afirma que el estatuto de la responsabilidad patrimonial del Estado, en cuanto a su fundamento constitucional en el artículo 38 inciso 2º, corresponde a una consagración de la acción procesal constitucional para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁰, y luego, ya en la regulación orgánica mandatada por aquella norma, estableció un principio general de responsabilidad de la Administración por los daños que causen los órganos de ésta en el ejercicio de sus funciones, y a continuación, resumió todo el sistema francés de la responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por su derecho administrativo, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las dos frases que constituyen el artículo 42 de la Ley 18.575 al disponer que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de

la buena administración en sus bases generales”. “El Derecho a una buena administración Pública en Chile”, Izaskun Linazasoro Espinoza, en Revista de Derecho Público, N° 88, pp 93-109. Año 2018.

⁷ Al respecto, resulta sumamente ilustrador el artículo escrito por el profesor Cristian Román Cordero “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos”, en el cual enseña que éstos comprenden dos aspectos, una matriz horizontal, donde se enumeran todos los presupuestos de la misma, y solo en cuya absoluta concurrencia surge la obligación de reparar para el Estado, y una matriz vertical, que importa precisar el alcance conceptual de cada uno. Luego, el rol del Juez solo debe limitarse a verificar la ocurrencia de los presupuestos.

⁸ ROMAN (2016)

⁹ ZAVALA (2018)

¹⁰ CELIS (2018)

servicio” y, en su inciso segundo, “No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.¹¹ Cabe sostener, que lo anterior no es baladí, pues simplemente estamos hablando de la construcción o del fundamento de la responsabilidad estatal, es decir, su origen o su base, lo que denota claramente que ello no fue en su oportunidad manifiesto, y que necesitó, para posicionarse como un principio del Estado de Derecho, con los contornos que hoy presenta, de la paulatina evolución a través del desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

En este sentido, podemos indicar que el punto de partida de este tema se encuentra derechamente en la irresponsabilidad estatal, muy relacionada al problema de la competencia contenciosa administrativa al amparo de la Constitución de 1925, para luego, en las postrimerías de la década del 30, decantar en el atávico proceso de distinción de actos de gestión y de autoridad, desarrollo jurisprudencial que llevo a considerar que existían ciertos espacios de irresponsabilidad estatal que eran inadmisibles. Frente a ello, la doctrina durante los años 70 se esforzará por revertir los espacios de “ajuricidad” mediante la construcción de una teoría constitucional de la responsabilidad dejando al margen cualquier discusión sobre la irresponsabilidad estatal¹².

2. El origen normativo de la falta de servicio en Chile y su posterior desarrollo.

La dictación de la Ley de Municipalidades en el año 1976¹³ es donde se produce el origen normativo de la falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁴ y a partir de la cual surgen interpretaciones divergentes en relación con su fundamento. En efecto, en un principio, se construyó un sistema de responsabilidad propio, de base constitucional y autosustentable, fundamentado en la lesión como daño antijurídico, identificable con una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir “atendida la relación causal entre el daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para este de

¹¹ PIERRY (2016)

¹² CORDERO (2019) pp. 35-41.

¹³ Decreto Ley N° 1.289, de 1976, DO 14.01.1976

¹⁴ Artículo 62. “La responsabilidad civil de la Municipalidad podrá ser contractual o extracontractual.

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

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

indemnizar aquella”¹⁵. Dicha doctrina de responsabilidad objetiva absoluta primó en nuestro país por más de 20 años.

Posterior al criterio jurisprudencial de una responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible, o bien, dicho de otra forma, desestimada la sola concurrencia del nexo causal, entre el daño del administrado y la actuación estatal para obligar patrimonialmente al Estado con prescindencia de cualquier elemento de carácter volitivo, vino a establecerse un criterio de corte legal, con imputabilidad por falta de servicio y prescriptible. Dicho giro jurisprudencial es atribuido al ministro de la Corte Suprema Sr. Urbano Marín y cuyo punto de inflexión es el caso “Domic Bezic con Fisco de Chile” en cuya sentencia se sostiene que “es pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla.”¹⁶ Es decir, la Corte Suprema desechó una responsabilidad de corte objetivo y de paso descartó al artículo 38 inciso 2º de la Constitución como fundamento de la responsabilidad estatal, es más, posteriormente se refirió a esta norma constitucional sosteniendo que ella “establece el derecho de los particulares para accionar en contra del Estado ante los tribunales ordinarios en caso que sean lesionados sus derechos”¹⁷. Para la Corte Suprema, a partir de este momento, el sistema de responsabilidad estatal, ya no es regulado por la Constitución, descansa en la falta de servicio y está sujeto a las reglas generales de prescripción del Código Civil. Sin embargo, será tras la llegada del ministro Sr. Pedro Pierry a la Corte Suprema a fines del año 2006, que se profundizaron los conceptos en materia de responsabilidad por falta de servicio, y cuando ésta comenzará a constituir el título de imputación que reconocerá la Corte y sobre la cual razonará todos sus criterios.¹⁸

Es así que la Corte Suprema sostuvo que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, sino subjetiva, basada en falta de servicio, en la que aquella, considerada como “la culpa del servicio”, deberá probarse por quien alega el mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta

¹⁵ SOTO KLOSS (2012) p. 816.

¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, de 15 de mayo de 2002. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

¹⁷ Corte Suprema, Rol N° 3192-2001, de 23 de enero de 2003.

¹⁸ CORDERO (2017) P.73.

omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado¹⁹. De esta forma, se indicó que la regla de responsabilidad por falta de servicio es completamente intercambiable con la culpa del Código Civil.²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, dicha equiparación de la falta de servicio a la culpa civil, no fue sino otro más de los varios avances dogmáticos que fueron presentándose en el tema, y que luego fueron cuestionados por parte de la doctrina hasta llegar a la situación actual, pues luego se concluyó que no es correcto hablar de responsabilidad subjetiva como el correlato de la responsabilidad por culpa. Lo anterior, pues, si bien ambas nociones suponen un juicio de valor respecto de una conducta, “mientras en la culpa civil se compara la conducta del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública”²¹. Es por lo anterior, que hoy se habla de un concepto objetivo de la culpa, y por lo que ya no es dable pensar que el problema de la determinación del sistema de responsabilidad estatal se soluciona enfrentado la responsabilidad por culpa con la responsabilidad objetiva, como se hizo. Hoy, consecuentemente, podemos decir, que el derecho de daños “ha dado pasos hacia una consideración objetiva de la culpa”.²²

3.- La antijuricidad y la importancia de la naturaleza de la función del órgano estatal en la falta de servicio.

De la mano con lo anterior, es decir, con aquel enfoque objetivo que se le ha dado a la falta de servicio en cuanto factor de atribución de responsabilidad, se ha dicho que la conceptualización de la misma adolece en la doctrina de una insuficiencia esencial. En efecto, se omite una consideración expresa a la antijuricidad, esto es, al hecho de que la falta de servicio debe provenir de una conducta contraria a derecho, sea material o formalmente (contradicción del acto ya sea con el sistema jurídico como un todo o con una norma expresa del mismo)²³. Entonces, a partir de dicha contravención normativa,

¹⁹ Corte Suprema, Rol N° 1976-2007, de 14 de octubre de 2009.

²⁰ CORDERO (2017) P. 73

²¹ BARROS BOURIE (2007), p. 532.

²² CORDERO VEGA (2017)

²³ RODRIGUEZ GREZ (2011), p.27

es posible concluir que la objetivación de la culpa se materializa concretamente en materia probatoria²⁴, pues el daño se imputa en razón de la infracción de ciertos deberes de comportamiento de la Administración,²⁵ los cuales han de soportarse, en cuanto a su prueba, por el administrado, cumpliéndose dicha carga procesal mediante la acreditación del mal funcionamiento del servicio, que no es otra cosa que cuando la administración no cumple con su deber en la forma en que el legislador se lo exigió. Luego, para que concurra falta de servicio, es menester que exista una obligación legalmente consagrada²⁶. Al respecto, la Jurisprudencia ha sostenido que “la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquélla si se trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de medios para ello”.²⁷

Similar fundamento es posible observarlo, desde la perspectiva inversa, es decir, en la no concurrencia de falta de servicio al no acreditarse un hecho antijurídico en la actuación estatal, en lo resuelto por la Corte Suprema en relación a que la muerte de un recluso dentro de un recinto penitenciario causada por un arma hechiza mientras cumplía su condena y, por ende, bajo cuidado de Gendarmería, no constituye falta de servicio de esta última, pues no logró acreditarse por los actores una especial infracción al deber de cuidado que le era exigible a dicha institución²⁸. Para ello, se argumentó que el estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto que, si no se cumplen, permiten calificar de antijurídica una actuación, o en su caso, una omisión, lo que obliga al juez al examen de un deber de actuación, normalmente

²⁴ En este sentido se ha dicho que la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe el caso fortuito u otra causal de justificación. Mientras esto no suceda subsistirá la responsabilidad del Estado (Rodríguez Grez, Pablo, “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Actualidad Jurídica*, N° 23, Enero de 2011, p. 32) Citado en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2018 de la Corte Suprema, Rol 1033-2018.

²⁵ AGÜERO (2019), p. 178.

²⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol 1220-2006.

²⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol 55-2018, citada en OSORIO (2019), p. 243.

²⁸ En un caso de similares características (fallecimiento de interno por riña en complejo penitenciario), se estimó lo contrario, es decir, que, si existía falta de servicio al no cumplirse el estándar que razonablemente se podía esperar de Gendarmería en una situación como la descrita, pues se acreditó la instalación de un sistema ineficaz de vigilancia (circuito cerrado) en el lugar donde se produjo la agresión que terminó con la vida del recluso, por ello, el actuar del servicio se estimó como antijurídico. (Corte Suprema, Rol 55-2018)

preventivo que, cumplido, liberará de responsabilidad al Estado”²⁹. Dicho de otra forma, acreditado el incumplimiento del deber, se presume la deficiente organización o funcionamiento del órgano público. De ahí que se califique al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración como “objetivado”, ya que se presume de un elemento objetivo como lo es la mera infracción de sus deberes de cuidado o actuación.³⁰

Dicho lo anterior, es decir, determinada la necesidad del lesionado de encontrar la contravención normativa de la conducta estatal, es necesario, para calificar la falta de servicio determinar qué se espera del Estado, cuál es su función y cuál es su misión hoy,³¹ pues los paradigmas clásicos que han definido al Derecho Administrativo han ido evolucionando, motivo por el cual ya no solo interesa el límite normativo del poder de la actuación del Administración, sino que también nos interesa estudiar bajo qué premisas podemos exigirle administrar mejor y más eficientemente los recursos públicos³². Entonces, debemos situar el hecho generador del daño provocado por la Administración en el área donde se presta y focalizarse en la función del órgano, a fin de concretizar el factor de atribución de responsabilidad a través de la correcta determinación de los deberes del servicio o de los estándares de actuación exigibles a cada tipo de institución pública.³³ Así, se ha señalado que, para construir la falta de servicio en el caso concreto, se requiere atender al fin regulador de la norma que regula la actividad del órgano respectivo y solo si el fin de la norma establece esas funciones y deberes, tiene por fin evitar el daño que la víctima ha sufrido, naciendo por ello responsabilidad.³⁴

Un ejemplo del razonamiento previo lo encontramos en lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago al pronunciarse en relación a la improcedencia de la responsabilidad de Gendarmería de Chile por el fallecimiento de una persona que cumplía condena a consecuencia de una enfermedad³⁵, al disponer que “es imprescindible el tener en consideración, en cada caso particular, la naturaleza del órgano público de que se trate, y la consideración de cuál ha sido la función esencial que la ley haya determinado para

²⁹ Corte Suprema, Rol 32.118-2014, de 30 de septiembre de 2015. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en sentencia de fecha 3 de octubre de 2016, Rol 27612-2016.

³⁰ ROMÁN (2012)

³¹ SZCZARANSKI (2002)

³² LINAZASORO (2018)

³³ VALDIVIA (2019)

³⁴ BARROS (2021)

³⁵ En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, Rol 526-2016 al resolver que no es posible imponer al Fisco responsabilidad por muerte de interno en centro penitenciario por contagio por Virus Hanta.

su establecimiento y la finalidad que también, y por prescripción de la ley, está llamado a cumplir prioritariamente”³⁶. Por su parte, el terreno de la medicina pública invita a ser traído a modo de ejemplo en esta materia, en atención a la gran importancia de los deberes de servicio o estándares de actuación exigibles en aquel área, pues la falta de servicio depende fundamentalmente de la conjugación de dos factores: la índole técnica de las prestaciones sanitarias y la categorización de prestaciones correspondientes a distintos tipos de instituciones³⁷, lo que permite de antemano, definir a qué está obligado cada uno de los órganos que se sitúan en este campo de la administración del Estado, en donde, en no pocas oportunidades, se ha dispensado de responsabilidad a la Administración, por existir una especie de inexigibilidad de otra conducta frente a la complejidad del escenario presentado por el usuario del servicio versus la categorización de los establecimientos, que tiene evidente incidencia en el tipo de prestaciones que ahí se otorgan y a las que los usuarios pueden legítimamente aspirar³⁸, lo que incide directamente en la calificación del factor de atribución de responsabilidad del órgano.

De lo señalado en las reflexiones previas se infiere lo más importante. La falta de servicio funciona como una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfecta, o tardíamente. Sin embargo, para que dicho funcionamiento sea reprobable desde un punto de vista jurídico debe “especificarse y analizarse tal proceder en razón de las leyes y reglamentos que lo rigen para determinar, de esta manera, la antijuricidad de conducta que ocasiona el daño reclamado³⁹. Hecho lo anterior, debe ser la administración, y no el dañado, quien debe acreditar que se ha obrado con la diligencia y cuidado debido.⁴⁰

Lo anterior permite concluir que la falta de servicio se construye normativamente, descartándose con ello la construcción judicial de la misma.

4.-Los estándares de conductas de la administración:

Establecida ya la importancia de la función esencial del órgano y la transgresión normativa que ha de encontrarse en su actuación, la jurisprudencia se ha focalizado en dilucidar si lo que se encuentra en la falta de servicio es el reproche en un caso concreto

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14 de abril de 2005 Rol N° 6974-2001.

³⁷ La Ley 19.937 de 2004 establece que todos los hospitales públicos se clasifican en establecimientos de alta, mediana, o baja complejidad, de acuerdo a su capacidad resolutoria

³⁷ SZCZARANSKI (2002)

³⁸ VALDIVIA (2019)

³⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 432-2001, de 17 de noviembre de 2003.

⁴⁰ RODRIGUEZ GREZ (2011)

o bien en uno de alcance general.⁴¹ En definitiva, para establecer si la actuación de la Administración corresponde a falta de servicio, importa determinar si ella se adecúa a un estándar de actuación debido. Como lo señala Morel Ocaña, el estándar determina, cada uno en su materia, el grado aplicable de tolerancia jurídica, traza un ámbito de lo lícito, desplazando al campo de lo ilícito toda conducta que no quede situada en aquel.⁴²

Recorrido todo este camino para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, es en este punto donde el camino se bifurca, por un lado, en el estándar o parámetro abstracto o en el cumplimiento de un mandato general, y por el otro, en el llamado estándar o parámetro concreto o cumplimiento bajo las condiciones fácticas concretas.

4.1.- El Parámetro objetivo.

De acuerdo a esta tesis el parámetro conforme el cual se valora la falta de servicio debe ser establecido abstractamente, es decir, solo a partir de una construcción normativa, prescindiéndose absolutamente de las circunstancias concretas de la actuación estatal generadora de daño. Por lo tanto, hay falta de servicio cada vez que la administración incumple un deber de cuidado o un deber de actuación. Luego, se produce una infracción de un deber de cuidado toda vez que la Administración no adopte las medidas necesarias a fin de evitar la ocurrencia del daño, mismas que impone la ley, reglamento o usos normativos (por ejemplo, *lex artis*), etc. En cambio, hay infracción de un deber de actuación, toda vez que la Administración no actúa, estando a ello obligada por la ley, ya sea en términos expresos o genéricos.⁴³ De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración puede comprometerse a través de una actuación, como también a través de una inactividad, constituyendo ésta última hipótesis la regla general.⁴⁴

Por su parte, se ha sostenido que, una falta de servicio objetiva, como así también se ha denominado a este parámetro, “dirá que existe un deber de cuidado general de la administración, por el innegable carácter de garante que tiene el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de responsabilidad ética, política y de bien común a lo cual se agrega el deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por que dicho deber de cuidado impone un

⁴¹ CORDERO (2019)

⁴² MOREL (2001)

⁴³ ROMAN (2012)

⁴⁴ ROMAN (2016)

comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular”⁴⁵.

Se ha determinado que existe un incumplimiento de un deber de actuación de un órgano del Estado en el mediático caso Luchsinger Mackay⁴⁶, en donde se estableció por parte de la Corte Suprema que las circunstancias de ser conocida por las Fuerzas de Orden y Seguridad, las amenazas que había recibido dicha familia y que el día de los hechos se trataba del aniversario del fallecimiento del comunero Matías Catrileo Quezada, en un fundo de propiedad de un primo hermano de una de las víctimas, permitían colegir un ambiente de tensión, que hacían exigible la obligación de considerar el inmueble de éstos como un punto que se debía resguardar, no cumpliéndose por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad con “su deber de garantes, tanto respecto a su posición de control de la fuente de peligro que le era conocida y también previsible, como frente a los bienes jurídicos que se encontraban en la obligación de defender”.

Por otro lado, un ejemplo reiterado de incumplimiento de deber de actuación, se da en la responsabilidad municipal por el mal estado de la vía pública o la falta o inadecuada señalización, cuya consagración normativa se encuentra en el artículo 174 de la Ley del Tránsito N.º 18.290, correspondiendo derechamente a una inactividad administrativa. Así, se ha sostenido que incumbe a las Municipalidades la obligación específica 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 adecuadas⁴⁷. Luego, en lo que atañe a la señalética que debe advertir el peligro, se ha sostenido que habiéndoseles asignado por la ley a las Municipalidades la obligación de satisfacer la necesidad pública de señalizar las vías de circulación existentes en el área urbana de sus comunas, deben los municipios arbitrar los medios o instrumentos funcionalmente idóneos para alcanzar esa finalidad, sin que excusa alguna pueda sustraerlos del cumplimiento de dicha función.⁴⁸ En este último caso, es evidente que establecida la infracción al deber de actuación, la Corte Suprema recoge un parámetro objetivo en la determinación de la responsabilidad estatal, al negar cualquier posibilidad

⁴⁵ Prevención del ministro Sergio Muñoz en Sentencia de la Corte Suprema Rol 9510-2009. En el mismo sentido Roles 306-2020, 27.985-2016.

⁴⁶ Corte Suprema 82-2021

⁴⁷ En este sentido Corte Suprema Roles 5451-2006, 2477-2007, 5029-2007, 539-2009, 314-2009, 220-2009, 9983-2010

⁴⁸ Corte Suprema, sentencia Rol 1890-2009.

de excusa del cumplimiento del deber señalado en la ley⁴⁹. Es más, incluso se ha resuelto que toda vez que alguien sufra una lesión por accidente producido por el mal estado de la acera la municipalidad debe responder por falta de servicio.⁵⁰ Lo imperativo de lo resuelto, no hace sino enfatizar que el mero incumplimiento del deber de actuación trae consigo la responsabilidad patrimonial del órgano estatal.

En el otro extremo del parámetro objetivo, como se dijo, la responsabilidad estatal emana de una infracción al deber de cuidado de la administración, y un ejemplo de ello se da en las infracciones a los estándares de seguridad en las carreteras, pues el deber de adoptar medidas para precaver daños a la vida y a la integridad física de las personas se determina a través de reglas concretas contenidas en disposiciones reglamentarias y técnicas sobre la materia que se encuentran en el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad⁵¹, que es un documento elaborado con el objeto de establecer políticas y uniformar los procedimientos e instrucciones en las áreas técnicas en que esta se desenvuelve, para cumplir su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos que componen la red vial del país de su tuición, junto con velar por la seguridad vial y protección ambiental.”⁵² En este sentido, se ha resuelto por nuestra Corte Suprema, que existe falta de servicio de la Dirección de Vialidad, en un accidente de un bus interurbano ocurrido en la cuesta Caracol de la comuna de Tomé en febrero del año 2013, en el que fallecieron 16 personas, pues, en su calidad de encargada de la mantención adecuada de la vía donde ocurrió el accidente, resultó acreditado que la señalización que existía en la zona del volcamiento era insuficiente, pues no cumplía con las prescripciones del Manual de Carreteras, y como consecuencia de ello, tampoco cumplía con su finalidad de comunicar advertencia de peligro y ser información útil al usuario de la vía con la anticipación suficiente para alcanzar a tomar las decisiones pertinentes.⁵³ A su vez, en la misma materia, constatado por un informe pericial elaborado por la Universidad Técnica Federico Santa María, que la entrada a un puente en la ciudad de Cañete, en el cual se produjo un accidente con víctimas fatales, que tenía

⁴⁹ En el mismo sentido Rol 6977-2007, 8097-2008 Corte Suprema.

⁵⁰ Sentencia Corte Suprema 2142-2009.

⁵¹ A modo de ejemplo, otro cuerpo normativo cuyo incumplimiento se entiende una infracción al deber de cuidado de la administración corresponde al Código de Normas y Especificaciones Técnicas de Obras de Pavimentación, emitido por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, sobre cuya inobservancia se ha construido falta de servicio municipal (Sentencia de la Corte Suprema Rol 119.103-2020, de 29 de marzo de 2021).

⁵² Sentencia 38297-2016 Corte Suprema

⁵³ Sentencia 94.918-2020 Corte Suprema.

un radio menor al mínimo permitido por la normativa vigente en el Manual de Carreteras, constituye la falta de adopción de medidas de seguridad eficientes que el ordenamiento jurídico encarga al MOP-Vialidad y que derivó en el accidente que cobró la vida de los pasajeros del bus y que dejó con lesiones de carácter grave a otro, lo que permite concluir que se configura la falta de servicio.⁵⁴ Como es posible observar, la falta de servicio surge a partir del incumplimiento de las normas técnicas contenidas en el Manual de Carreteras, lo que constituye un deber de cuidado de la administración, más solo dicho hecho acreditado permite a los sentenciadores condenar al Estado a resarcir los perjuicios producidos.

Otros casos de infracción al deber de cuidado de los órganos de la Administración, se presentan en el de un profesor de un establecimiento educacional municipal por el accidente sufrido por un alumno por el cual se le produjo la amputación de tres dedos de la mano derecha, por cuanto no supervisó en forma responsable un paseo escolar, en que no estuvo atento a los desplazamientos de los menores a su cargo, y por lo que la infracción al deber de cuidado permitió que la víctima se acercara a la máquina que le ocasionó el accidente en sus manos.⁵⁵ Así también se ha resultado que existe falta de servicio de un Servicio de Salud, a través de su red hospitalaria, al no haberse prescrito anticoagulantes al paciente, en circunstancias que ello resultaba acorde a los protocolos médicos habituales en caso de fractura de cadera y reposo absoluto prolongado, al menos durante los primeros 28 días.⁵⁶ O bien, respecto del Hospital Base de Puerto Montt, en razón del abuso sexual cometido por un guardia de seguridad respecto de una menor que se encontraba internada en dicho recinto, quien entró a la sala de pediatría sin que hubiese vigilancia que lo impidiera, construyéndose la falta de servicio desde la infracción de una “obligación de vigilancia en relación a la niña, quien desde el momento de la internación quedó bajo el cuidado de la institución de salud, debiendo adoptarse a su respecto todas las medidas conducentes al resguardo de su integridad física y psíquica, lo cual tampoco ocurrió”.⁵⁷ También se ha dicho que existe incumplimiento de un deber de cuidado y consecuentemente falta de Servicio de Gendarmería de Chile, en el suicidio cometido por una reclusa, pues dicho deber incluye la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos, debiendo haberse precavido por dicho servicio, atendido el

⁵⁴ Corte Suprema Rol 28.122-2019.

⁵⁵ Corte Suprema Rol 7316-2010.

⁵⁶ Corte Suprema Rol 13.129-2018.

⁵⁷ Corte Suprema Rol 27985-2016.

conocimiento de la labilidad emocional de la interna, o al menos, la posibilidad de cumplir las amenazas que profería de atentar contra su vida cuando era conducida a la celda de aislamiento, sin que se haya tomado medida, debiendo hacerlo, tendientes a precaver que ello no ocurriera.⁵⁸ Cabe señalar que la construcción del factor de atribución de responsabilidad de la Administración en los lamentables casos descritos previamente, se produce desde la transgresión de un deber de cuidado de los distintos órganos, las que se manifestaron en omisiones de supervisión, vigilancia, incumplimientos de la *lex artis*, o bien, en la omisión de la prevención de un daño que se estaba obligado a evitar.

Además, dichos deberes pueden deducirse de la normas que regulan los servicios públicos, es así como se ha sostenido que de la normativa que rige al SERVIU se deduce que pesa sobre éste servicio el deber jurídico de elaborar las bases técnicas apropiadas para la construcción de viviendas sociales por parte de las empresas constructoras. Si dichas bases de licitación son deficientemente elaboradas, resulta ineludible concluir que hubo incumplimiento de los deberes del servicio contenidos en la ley. Ello aconteció en Pérez Azocar y otros contra Servicio de Vivienda y Urbanismo,⁵⁹ en donde se determinó existir falta de servicio del SERVIU al contemplar en la regulación características y estándares de construcción que no fueron capaces de resistir ni prever los daños que se producirían por las condiciones climáticas en el año 1997. Cabe sostener que la administración se excepcionó en este caso alegando carencia de responsabilidad por no haber sido parte en los contratos de construcción, más dicha alegación fue del todo desestimada, construyéndose la responsabilidad estatal desde el solo incumplimiento del deber jurídico que se origina en su marco regulatorio.

A su vez, a fin de decantar la aplicación del estándar en estudio, corresponde señalar que se sitúa dentro del parámetro objetivo lo resuelto por nuestra Jurisprudencia al señalar que “no corresponde (como lo ha hecho el a quo) aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio, para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficacia fue resultado de la carencia de recursos”.⁶⁰ En el mismo sentido, cabe estimar dentro del parámetro objetivo, lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción, al desestimar la alegación de los Servicios de Salud de no contar con personal médico especializado (oftalmólogo de urgencia), como ocurre en el resto del país, puesto que “dentro de estos parámetros el

⁵⁸ Corte Suprema Rol 14707-2020

⁵⁹ Corte Suprema Rol 1504-2008

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Concepción Rol 1703-2003

demandado subsidiario debió haber adoptado las medidas para contar con personal de urgencia especializado, o tener contemplado otras medidas de urgencia, al no hacerlo importa falta de servicio por haber actuado tardíamente.”⁶¹ Las anteriores, corresponden a decisiones jurisdiccionales que toman parte por el estándar objetivo, frente a alegaciones de la Administración para destruir la pretensión indemnizatoria de los demandantes, fundadas precisamente en circunstancias de corte presupuestario o de carencia de recursos, propio de un estándar subjetivo y de clara conveniencia para los intereses estatales en cuanto constituye una defensa que permite justificar un incumplimiento de deberes y consecuentemente obtener la desestimación de la acción deducida en su contra. De este modo, es posible apreciar cómo se manifiesta este estándar general, pues el ente juzgador sólo ha de necesitar una transgresión normativa para condenar al Estado, no siendo de relevancia alguna, las alegaciones del Estado en orden a las situaciones concretas del caso, cualquiera sea su argumento.

Como es posible apreciar, la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración conforme el parámetro objetivo nos obliga a contrastar el actuar estatal con una obligación o deber, de manera que, verificada una transgresión normativa, ya sea por una actuación o una omisión, surge, por sólo ese hecho, responsabilidad por falta de servicio. Este criterio del estándar objetivo permite al juez, especialmente cuando debe construir el estándar, pues generalmente no están positivamente determinados, ejercer la función de control sobre la actividad administrativa⁶². Lo anterior, pues, a través la verificación de la imputación de estos presupuestos, la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el rendimiento social de los servicios públicos.⁶³

4.2.- El parámetro subjetivo de la falta de servicio:

De acuerdo a esta tesis, la conducta reprobable de la administración se valorará en un caso concreto, de forma subjetiva, esto es, debiendo necesariamente considerar las específicas circunstancias en las que se encontraba el agente estatal provocador del daño en el preciso momento de la acción u omisión. Estas circunstancias pueden decir relación con carencia de recursos, falta de personal idóneo o especializado, la complejidad de la labor encomendada, e incluso factores de distancia y ruralidad, entre otras. Por tanto, con arreglo a este parámetro subjetivo pueden darse casos en los que la Administración haya

⁶¹ Sentencia 917-2007 ICA Concepción

⁶² CORDERO (2019) p.98.

⁶³ GARCIA DE ENTERRÍA (2002) p.395.

incurrido en la infracción de deberes de actuación o cuidado, únicas circunstancias que se consideran en el parámetro objetivo, pero que sean justificadas y en dicho sentido no reprochables, no constituyendo falta de servicio y, por tanto, no dando origen a responsabilidad patrimonial de la administración.⁶⁴

Dentro de este parámetro se ha dicho por nuestra jurisprudencia que “para que surja la falta de servicio es necesario que la deficiencia se produzca en el funcionamiento propio del servicio, debiendo probarse que el comportamiento del órgano, dentro de su actividad administrativa, no ha correspondido al estándar normal que, dadas las circunstancias, era dable esperar de él. Hay que considerar la actuación de la administración en relación a los medios que dispone para ello”⁶⁵. O bien, justificando la misma postura nuestro máximo tribunal ha señalado que “Para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración los medios disponibles para ello en los casos específicos. ⁶⁶ Incluso, se han precisado más las circunstancias que han de ponderarse al momento de determinar la existencia del factor de atribución de responsabilidad de manera subjetiva al señalarse que “la falta de servicio es un cumplimiento anormal de las funciones del servicio, considerando, entre otros aspectos la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une la víctima con el servicio, el grado de previsibilidad del daño y las circunstancias de tiempo y lugar.”⁶⁷

En este sentido, cabe señalar que, situándose en el parámetro subjetivo, la Corte Suprema determinó que no existía falta de servicio ante la omisión de acciones fiscalizadoras que la Municipalidad de Hualpén, frente a la actividad de una serie de empresas que se dedicaban a la explotación de áridos en la ribera del río Bío-Bío sin contar con los permisos municipales respectivos, lo anterior, en desmedro de la actividad comercial de la empresa demandante que si contaba con aquellos. ⁶⁸ Como fundamento de aquel razonamiento la Corte Suprema concluyó que, “la mera infracción de un deber de conducta preciso y determinado impuesto por la ley a un órgano del Estado no puede considerarse, necesariamente, como constitutivo de falta de servicio, pues tal omisión debe contrastarse con los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición del agente llamado a hacerlo”. Para reforzar dicha

⁶⁴ ROMAN (2012)

⁶⁵ Corte Suprema Rol 3172-2008.

⁶⁶ Corte Suprema Rol 4543-2018

⁶⁷ Corte Suprema 112.478-2020, 44.501-2017

⁶⁸ Corte Suprema Rol 18.807-2018

aseveración la Corte sostuvo que, aun encontrándose la Municipalidad frente al imperativo legal de ejecutar dichos actos de fiscalización, en aquellas materias que la ley ha puesto dentro de la esfera de sus competencias, el estándar pretendido por la recurrente, se aleja largamente de las posibilidades reales de actuación de la demandada, pues según la Corte, debía destinar, a tiempo completo, tantos funcionarios como fueran necesarios, para, por ejemplo, controlar el peso de los camiones que constantemente salen de las plantas de extracción, verificar en terreno la naturaleza de las actividades complementarias que cada empresa desarrolla, chequear que cada unidad extractiva cuente con autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes y que la conducta se ajuste siempre a los instrumentos autorizados por la autoridad, entre otras.

En este caso es posible observar de manera clara la diferencia entre los parámetros de conducta exigida, pues la Corte razona primeramente que, la sola infracción de un deber no es suficiente para atribuir responsabilidad al órgano de la administración, con ello descartando de plano el estándar objetivo, infracción que es clara, pues fue un hecho asentado la falta de actividad fiscalizadora municipal en las actividades irregulares de extracción de áridos. En segundo lugar, condicionó la responsabilidad del Estado a los medios que la Municipalidad detentaba para el caso particular. Es decir, justificó el hecho antijurídico en la carencia de medios personales y financieros del ente edilicio demandado.

A su vez, un razonamiento similar, es aquel en que tomando en consideración los medios tecnológicos disponibles en el momento mismo de la producción del hecho, esto es, una década previo al pronunciamiento del ente jurisdiccional y la complejidad del servicio, se determinó la inexistencia de responsabilidad del Estado por el error cometido en el Servicio Médico Legal en la identificación de osamentas en el contexto del caso “Patio 29”⁶⁹. En este sentido, constatándose luego de más de 10 años que ciertas osamentas encontradas en dicho sector del Cementerio General no correspondían a quien se habían atribuido, se determinó que el Servicio Médico Legal utilizó mecanismos y procedimientos científicos que se disponía en país en aquel momento, practicándose pericias que a la época en que se utilizaron, consistían en “técnicas de identificación válidas y con buena facultad identificatoria”, sosteniéndose entonces que “claro está entonces que, en su evolución constante, la ciencia identificatoria de cuerpos y especialmente de osamentas y restos humanos ha ido proporcionando y proporcionará

⁶⁹ Corte de Apelaciones Rol 4892-2008.

más adelante aún mayores y más eficaces medios de identificación, los que habrán de ser utilizados solo cuando hayan estado al alcance del experto, científico forense o servicio forense respectivo encargado de una función tan compleja como lo es aquella que se ha extendido en el proceso de autos”.⁷⁰ En este caso se valoró el hecho generador del daño concretamente al momento de la práctica de las pericias, contrastándolo con un estándar muy distinto al existente al momento del ejercicio de la acción indemnizatoria, reparándose en que los medios con los cuales se practicaron las acciones identificatorias de las osamentas por parte del Servicio Médico Legal eran simplemente las que existían en aquel momento, siendo aquella la realidad concreta del Servicio y que fijaban el marco de su actuación, por lo que dicho actuar, en dicho momento, no es reprobable.

A su vez, el factor de atribución de responsabilidad ha sido apreciado concretamente en materia hospitalaria por la Corte de Apelaciones de La Serena al señalar que la falta de servicio del Hospital Provincial de Illapel, “debe ser calificado bajo el prisma de la actividad del servicio en concreto, con todas sus realidades y circunstancias, y no desde la perspectiva de un servicio público ideal”⁷¹. Dicha sentencia razona que en el fallecimiento de una paciente de dicho complejo hospitalario a raíz de una emergencia coronaria, no existe falta de servicio, tomando en consideración las condiciones geográficas del recinto hospitalario, el cual queda a cuatro horas de la ciudad de Coquimbo y la falta de especialista, debido a un error del doctor de turno, quien era médico general, por cuyo actuar la paciente recibió una descarga no sincronizada que le provocó una descarga ventricular, como así, un error en el cálculo de las energías necesarias para contralar una arritmia, que finalmente le produjo la muerte. Como se aprecia, se reconoce un error por parte del médico, lo que se identifica con incumplimiento de la *lex artis* y específicamente con una infracción de deber de cuidado, lo que habría sido suficiente, analizado desde un punto de vista objetivo para configurar

⁷⁰ En este mismo sentido, voto disidente en causa Rol 5322-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago en tanto señala que “Atribuir falta de servicio a un órgano público implica que probado que éste no funcionó como se suponía que debía hacerlo, siendo esta falta la causa del daño; que además, es preciso tener en cuenta la realidad concreta del Servicio de que se trate, los medios con los que cuenta, la posibilidad cierta de su actuación, el nivel de desarrollo y de medios que tiene dicho servicio e incluso la realidad nacional en que esta inmerso, de manera que para establecer si ha habido o no falta de servicio no debe juzgarse la actividad de un servicio público ideal, sino la actividad del servicio concreto de que se trata, con todas y cada una de sus circunstancias, por lo que la aplicación indiscriminada de la teoría de la falta de servicio, en la forma en que lo hace la recurrida, podría resultar ilusoria atendida las condiciones y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados”.

⁷¹ Corte de Apelaciones de La Serena Rol 1126-2011.

falta de servicio. Sin embargo, la acción se justifica en la carencia de personal especializado, pues el médico era “solo uno general”, e incluso en un argumento geográfico al hacer mención a la distancia que existía entre el recinto asistencial donde se produjeron los hechos y otro que por cuya cualificación pudiese haberse hecho cargo de una manera adecuada de la situación coronaria del usuario.

Otro caso en que el factor de atribución se aprecia de forma concreta, dando énfasis a los medios que se dispone para el cumplimiento del deber, corresponde al fallo Inmobiliaria Hacienda Lleu LLeu S.A., y otro con Fisco de Chile.⁷² La pretensión indemnizatoria de la demandante se fundó en que atendido el conflicto Mapuche, la demandante solicitó protección a las fuerzas de orden público, enviándose al sector alrededor de trescientos veinte servicios policiales entre enero de 1998 y mayo de 1999, sufriendo de todas maneras daños en su propiedad generados por un grupos de activistas. A fin de rechazar la pretensión indemnizatoria dirigida en contra del Estado, la Corte Suprema sostuvo que “En el caso de autos tal situación no ha ocurrido desde que, según se dejó asentado por los jueces del mérito, el Estado intentó evitar los hechos delictuales de que fue víctima la parte demandante, actuando conforme a su capacidad y de acuerdo a los medios humanos y disponibles”. Luego, continuó señalado en relación a la apreciación del factor de atribución de responsabilidad que “en efecto, para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo”.

Como es posible observar, de la aplicación de uno u otro parámetro depende el éxito o no de la acción indemnizatoria dirigida en contra de la administración. Una falta de servicio observada desde un enfoque objetivo es proclive al demandante, víctima del daño provocado por un órgano estatal. En cambio, una mirada subjetiva, tomando en consideración las condiciones fácticas concretas, inclina la balanza hacia la administración, esto es, hacia la desestimación de la pretensión indemnizatoria. Por lo anterior, la decisión de aplicar uno u otro parámetro por parte del ente jurisdiccional, va a determinar derechamente la extensión real de la falta de servicio y el rol de los jueces como control prospectivo⁷³.

Una manifestación clara del fenómeno señalado, es decir, la variación del resultado de la acción indemnizatoria producida por la aplicación de uno u otro estándar,

⁷² Corte Suprema Rol 3172-2008.

⁷³ CORDERO (2017) P.89.

es decir, se acoge o se rechaza la acción, se puede observar en la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 5 de agosto de 2020⁷⁴, relativa a una acción de indemnización de perjuicios en contra del Servicio de Salud de Osorno y del Fisco de Chile, fundada en que el padre y cónyuge de las actoras, el 14 de octubre de 2012, sufrió un accidente con una sierra para cortar madera, que le produjo una lesión en el brazo izquierdo que cortó venas y tendones causándole una hemorragia severa. En dichas circunstancias, se le prestó primeros auxilios por un vecino, llamándose enseguida a una ambulancia, contestándoseles por el personal del servicio que no había en dicho momento, debiéndose recurrir por ello a Carabineros de Chile de Puerto Octay, quienes llegaron en 15 minutos, llevándolo al Hospital de dicha localidad, situación infructuosa debido a la falta de ambulancias como de personal, siendo regresado al lugar del accidente. Luego, atendida su gravedad, fue llevado nuevamente al mismo Hospital, esta vez, en un vehículo particular, siendo atendido por un matron de turno, quien, dada la escases de personal idóneo, coordinó con el SAMU, la obtención de una ambulancia que pudiera trasladar al accidentado al Hospital de Osorno, donde finalmente falleció debido a un paro cardio respiratorio luego de ser operado de la herida, pues sufrió un shock hemorrágico prolongado debido a que no recibió atención médica oportuna.

La sentencia de primera instancia⁷⁵ descartó la falta de servicio pues concluyó que, con los medios existentes, el Servicio de Salud de Osorno, a través del Hospital de Puerto Octay, no estuvo en condiciones de que le fuera exigida otra conducta que la desplegada, a la vez que destaca que para decidir de un modo distinto sería necesario llevar a la discusión a la política de salud del Estado, en cuanto se refiere a los medios materiales asignados al citado Hospital, o a su categoría o financiamiento, cuestión que excede del marco en que se desarrolla la contienda. A su turno, la Corte de Apelaciones de Valdivia⁷⁶ confirmó la sentencia, dejando asentado que el Hospital en que ocurrieron los hechos se encuentra catalogado como de baja complejidad, motivo por el que no cuenta con los medios materiales ni médicos para atender enfermedades o accidentes de gravedad. Por su parte, la Corte Suprema confirmó la sentencia rechazando la pretensión indemnizatoria señalando que “así, tuvieron por demostrado que el accidente de que se trata ocurrió en una comuna distante de aquellos centros hospitalarios que cuentan con mayores recursos; que en Puerto Octay no existen ambulancias idóneas para el traslado

⁷⁴ Corte Suprema Rol 20881-2019

⁷⁵ Segundo Juzgado Civil de Valdivia Rol 3946-2015

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 251-2019.

del paciente a un establecimiento de mayor complejidad, como el Hospital Base de Osorno; que el día de los hechos no existían ambulancias disponibles para llevar a don Xavier hasta el hospital local y, por último, que, además, no resultó comprobado que, al solicitar una ambulancia al hospital del lugar, se haya detallado el estado de gravedad del paciente”. Como se puede advertir, ha sido la aplicación de un estándar subjetivo el que ha permitido, en todas las instancias jurisdiccionales, que la pretensión indemnizatoria se desestimara, desde que se han tomado en cuenta circunstancias de distancia geográfica, falta de personal idóneo y la catalogación del establecimiento hospitalario, para determinar que la actuación de la administración no era reprobable. Luego, de haberse aplicado un estándar objetivo, hubiese bastado la constatación de un incumplimiento de un deber del servicio para acoger la pretensión, lo que quedó de manifiesto en el caso, y lo que también queda consignado en el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, en la Sentencia de la Corte Suprema, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo, invalidar la sentencia impugnada, revocar la decisión de primer grado y acoger la demandada pues “la Administración, policías y sanitarios, no actuaron oportunamente conforme la naturaleza de las lesiones advertidas en la persona que precisaba su ayuda”, transgrediéndose de dicha forma con los deberes que el ordenamiento les impone a cada uno de los servicios involucrados en dichos hechos.

Para concluir, cabe sostener que, como es habitual en el derecho, existen posturas a favor y en contra de cada uno de los parámetros conforme a los cuales se valora la falta de servicio, para algunos, a favor de un parámetro subjetivo, la característica de “emergente” de nuestro país, o bien de uno de “pocos recursos”, impide la existencia de servicios públicos de los más altos estándares, por lo que la responsabilización al Estado por no alcanzarlos, retraería el actuar en campos tan peligrosos⁷⁷. En cambio, para otros, la aplicación de un estándar subjetivo, presenta el peligro de que un usuario de servicio público, deberá padecer un daño antijurídico producido por un organismo de la Administración del Estado, sin que pueda ser reparado solo porque este organismo alega que no cuenta con medios disponibles para actuar conforme a derecho, o sea, que no puede satisfacer las necesidades públicas puestas a su cargo por ley.⁷⁸ Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de un parámetro objetivo, también se critica, pues, si la omisión es entendida como simple pasividad en el contexto de un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración, se ve comprometida su responsabilidad toda vez que un

⁷⁷ VIAL CORREA (2002)

⁷⁸ SOTO KLOSS (2019).

particular sufre una lesión que eventualmente pudo haber sido evitada con una actuación administrativa, lo que desnaturaliza la responsabilidad patrimonial del estado transformándola en una especie de seguro universal a cargo del erario público.⁷⁹

Sin restar mérito a ninguna de las posturas y/o críticas a los estándares mediante los cuales se pondera la falta de servicio, tal vez, una forma conveniente de entender su aplicación, y con ello, inclinarse por un parámetro, es hacerlo desde el punto de vista de las funciones generales del sistema de responsabilidad estatal, como lo son la función preventiva, mediante la cual las normas de responsabilidad, además de indemnizar, previenen la producción de conductas que provoquen daño a los administrados, pero sobre todo, desde la función de control del funcionamiento de los servicios públicos, en donde la responsabilidad patrimonial de la administración aparece como un instrumento del control del poder estatal, lo que se enmarca dentro del sistema de contrapesos que ha de existir entre los diversos poderes del Estado, y desde este ámbito, pareciera ser más conveniente la aplicación de un parámetro de conducta objetivo, pues a partir de él, es posible determinar qué estándares son los que se exigen a un servicio público moderno, imponiéndoles a éstos últimos una favorable carga de actuar adecuadamente conforme la ley se los mandata y una necesaria presión para ir adaptándose a una sociedad en constante desarrollo.

Conclusiones.

I.- La responsabilidad patrimonial de la administración ha tenido un paulatino desarrollo en nuestro país, tanto desde el punto de vista jurisprudencial, como desde el punto de vista doctrinario. Es menester conocer este desarrollo para poder comprender cómo la responsabilidad de la administración, y en especial, el factor de atribución de la misma se manifiesta actualmente con los contornos que hoy poseen.

II.- En la falta de servicio se efectúa una comparación entre el actuar del órgano administrativo y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública. Es por ello que actualmente se le ha dado un enfoque objetivo a la falta de servicio en cuanto factor de atribución de responsabilidad.

III.- La falta de servicio requiere para que prospere de la antijuricidad de la conducta de la administración, luego, es menester la existencia de una obligación legalmente consagrada, a partir de cuya contravención se presume.

⁷⁹ ROMAN (2016)

IV.- Es necesario situar el hecho generador del daño provocado por la Administración en el área donde se presta y focalizarse en la función del órgano, a fin de concretizar el factor de atribución de responsabilidad a través de la correcta determinación de los deberes del servicio o de los estándares de actuación exigibles a cada tipo de institución pública.

V.-Establecida la antijuricidad del hecho, como la función del órgano, la jurisprudencia se ha dividido en base a dos estándares de comportamiento estatal. Uno objetivo o de carácter general en donde la responsabilidad del estado surge a partir del incumplimiento de deberes de cuidado o de actuación y uno subjetivo en el cual la determinación de si el actuar estatal es reprobable se efectúa tomando en cuenta las circunstancias fácticas concretas de cada caso, como por ejemplo, la carencia de medios, la falta de personal especializado, la dificultad de la labor, e incluso fundamentos de distancia y ruralidad.

VI.- De la aplicación de uno u otro estándar va a depender derechamente la extensión de la falta de servicio y consecuentemente la mayor o menor minuciosidad del operador jurídico en la defensa de sus intereses, constituyéndose en un factor determinante en el resultado de la acción deducida contra el Estado.

VII.- Críticas y argumentos a favor de uno y otro parámetro existen por doquier, más es posible encontrar argumentos de conveniencia que permiten inclinarse por uno de ellos en las funciones generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como lo es la función preventiva, pues las indemnizaciones de perjuicio producirán un desincentivo para el Estado de volver a actuar como se hizo. Pero por sobre todo, es posible encontrar en la función de control de la responsabilidad patrimonial de la administración, un argumento para señalar que el parámetro objetivo de la falta de servicio, constituye un elemento valioso para el sistema de contrapesos que ha de existir entre los diversos poderes del Estado, pues es a partir de la imputación de responsabilidad por no cumplirse con los deberes de actuación o cuidado establecidos en la ley, que la labor jurisdiccional va controlando el adecuado funcionamiento de los órganos y generando estándares que permitan concluir a los ciudadanos qué es lo que pueden esperar de ellos.

Bibliografía

- AGÜERO SAN JUAN, Claudio; SANDOVAL AYALA, Sebastián; ZAMBRANO TIZNADO, Juan Pablo. (2019). La falta de servicio en la ley 19.966 (Ges). *Revista Ius et Praxis, N° 1, año 2020. Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.*
- BARROS BOURIE, Enrique. (2007): Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile).
- CELIS DANZINGER, Gabriel. (2018). La Responsabilidad del Estado en sus Tres Dimensiones. (Santiago, Editorial Hammurabi)
- CORDERO VEGA, Luis (2015): Lecciones de Derecho Administrativo. (Santiago, 2º Edición, Legal Publishing Chile)
- CORDERO VEGA, Luis (2017): Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado, (Santiago, Der Ediciones)
- CORDERO VEGA, L. (2016). Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración. *Revista de Derecho Público*, (66), Págs. 371-390. doi:10.5354/0719-5249.2016.41682
- GARCIA DE ENTERRIA, E (2002). Curso de derecho administrativo. 8º Edición. Madrid Civitas.
- GRANDÓN SALAZAR, Fernando. (2012). Análisis jurisprudencial acerca de la imputación de responsabilidad extracontractual del Estado por actos derivados de agentes de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, (18), pp. (53-72).
- LINAZASORO ESPINOZA, Izaskun. El Derecho a una buena Administración Pública en Chile. *Revista de Derecho Público*, (88), pag.93-109
- LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. Responsabilidad por falta de servicio. Casuística Chile Reciente. En *Doctrinas esenciales del Derecho Civil*. Editorial Jurídica de Chile (2009)
- MOREL OCAÑA, Luis. (2001). La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 111.
- MUÑOZ CORDAL, G., & VALDÉS BURGOS, P. (2014). La jurisprudencia judicial sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y las violaciones a los derechos humanos: problemática de los fondos indemnizables. *Revista de Derecho Público*, (71), Págs. 267-294. doi:10.5354/0719-5249.2014.35697
- OSORIO VARGAS, Cristóbal. (2019). Boletín de Jurisprudencia de Derecho Público. Editorial Hammurabi.

- PIERRY ARRAU, Pedro. (2016). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho Público*, (59), Págs. 287-309. doi:10.5354/0719-5249.2016.43308
- POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo (2021). La influencia del derecho de daños en la Responsabilidad del estado Por falta de Servicio. *Revista de Derecho Privado* (37), pp. (45-84).
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2011). Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Actualidad Jurídica* N° 22, Universidad del Desarrollo.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. (2010). Bernardito Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la administración del estado de Chile. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (22), Pág. 1021-1046. doi:10.5354/0719-5451.2012.22149
- ROMAN CORDERO, Cristian. (2012). Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Falta de Servicio (=Responsabilidad Objetivada. Dialnet Derecho Público Iberoamericano, Pág 25-51.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. (2014). Comentario no.1 "Seguel con Fisco de Chile". La responsabilidad del estado-administración: ¿Una "perinola jurisprudencial"? *Revista de Derecho Público*, (71), Págs. 310-317. doi:10.5354/0719-5249.2014.35700
- ROMAN CORDERO, Cristián. (2016). La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos. *Revista de Derecho Público*, (66), Págs. 405-417. doi:10.5354/0719-5249.2016.41684
- ROMAN CORDERO, Cristián (2016). Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado. *Revista De Derecho Público*, (67), Págs. 402-423. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i67.41348>
- SZCZARANSKI CERDA, Clara. (2002). Responsabilidad Extracontractual del Estado. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* N°8, Págs. 11-42.
- SOTO KLOSS, Eduardo. (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, 3° Edición, Legal Publishing Chile
- SOTO KLOSS, Eduardo. (2020). Responsabilidad de las Municipalidades. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*. N° 16, pp. 269-286.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2009). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil*, Edición Bicentenario. Editorial Jurídica de Chile.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. (2019). La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(246),213-246.<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000200213>

VIAL CORREA, Gonzalo. (2002). El Estado Paga. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, Santiago, diciembre 2002.

ZAVALA ORTIZ, José Luis. (2018). *Jurisprudencia de la Falta de Servicio*. Santiago Editorial Libro Mar.

JURISPRUDENCIA CITADA.

Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, de 15 de mayo de 2002.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1703-2003, de 18 de diciembre de 2003.

Corte Suprema, Rol N°3192-2001, de 23 de enero de 2003.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 432-2001, de 17 de noviembre de 2003.

Corte Suprema, Rol N°442-2004, de 27 de octubre de 2004.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.° 6974-2001, de 14 de abril de 2005.

Corte Suprema, Rol N°1220-2006, de 6 de septiembre de 2006.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.° 917-2007, de 27 de mayo de 2009.

Corte Suprema, Rol N°3172-2008, de 19 de enero de 2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.° 4892-2008, de 22 de octubre de 2009.

Corte Suprema, Rol N° 1976-2007, de 14 de octubre de 2009.

Corte Suprema, Rol N°1890-2009, de 27 de enero de 2011.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5322-2009, de 8 de agosto de 2010.

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°1126-2011, de 25 de noviembre de 2011.

Corte Suprema, Rol N°32.118-2014, de 30 de septiembre de 2015.

Corte Suprema Rol N°27612-2016, de 3 de octubre de 2016.

Corte Suprema, Rol N.° 27.985-2016, de fecha 12 de diciembre de 2016.

Corte Suprema, Rol N°38297-2016, de 9 de mayo de 2017.

Segundo Juzgado Civil de Valdivia Rol C-3946-2015, de 13 de noviembre de 2018.

Corte Suprema Rol N°1033-2018, de 19 de noviembre de 2018.

Corte Suprema Rol N°18.807-2018, de 19 de agosto de 2019.

Corte Suprema Rol N°44.501-2017, de 26 de diciembre de 2018

Corte Suprema Rol N°4543-2018, de 31 de enero de 2019.

Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N°251-2019, de 6 de junio de 2019.

Corte Suprema, Rol N°55-2018, de 25 de febrero de 2019.

Corte Suprema, Rol N°306-2020, de 7 de agosto de 2020

Corte Suprema Rol N°20.881-2019, de 5 de agosto de 2020.

Corte Suprema, Rol N°17.707-2020, de 4 de junio de 2021.

Corte Suprema Rol N°119.103-2020, de 29 de marzo de 2021.

Corte Suprema Rol N°94.918-2020, de 22 de junio de 2021.

Corte Suprema Rol N°28.122-2019, de 12 de julio de 2021.

Corte Suprema Rol N°112.478-2020, de 28 de julio de 2021.

Corte Suprema Rol N°82-2021, de 5 de agosto de 2021.