

## SOBRE LA IDEA, NOCIÓN O CONCEPTO DE “FALTA DE SERVICIO” EN CHILE

*Eduardo Soto Kloss\**

SUMARIO: 1. Un breve recuento histórico. 2. La idea de “falta de servicio”: 2.1. El Decreto Ley 1.289, de 14.1.1976, orgánico de municipios y administración comunal. 2.2. La Ley 18.575, de 5.12.1986, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado. 2.3. Ley 18.695, de 31.3.1987, ley orgánica constitucional de municipalidades. 3. El artículo 44/42 de la Ley 18.575/1986.

### INTRODUCCIÓN

Pareciera que la idea de “falta de servicio” para fundamentar la responsabilidad del Estado Administración ha surgido con ocasión de la dictación del Decreto Ley N° 1.289, de 1976, ley orgánica de municipalidades, y específicamente de su art. 62 inc. 3°, si bien no formalmente, porque su texto no habla de tal expresión aunque lo que señalan los términos empleados corresponden en buena medida a lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de fines del siglo 19 e inicios del 20 indicaba y la doctrina hacia 1927 describía<sup>1</sup>.

Veamos si en la legislación municipal anterior ha habido algún antecedente que permita saber si tal expresión es algo nuevo o viene de antiguo y por influencia extranjera (que fuera un antecedente vetusto de los fatídicos “injertos extranjerizantes”<sup>2</sup>.

---

\*Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de París (Sorbonne-Pantheon). Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. Exdecano Facultad de Derecho 1998-2011/Universidad Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003). Este texto es parte de La responsabilidad del Estado/Administración, tomo 3 de Derecho Administrativo. Thomson Reuters, de próxima publicación.

<sup>1</sup>A lo que nos referiremos más adelante.

<sup>2</sup>Sobre esta expresión acuñada por mí hace más de cuarenta años, vid. Manuel A. Núñez Poblete, Sobre “presentes griegos” e “injertos extranjerizantes”. Uso y límites de la aplicación del derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional. El recurso al derecho comparado, en La primacía de la persona, en *Libro homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2009, 1139-1158.

## 1. UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO

La primera ley de organización y atribuciones de las municipalidades fue promulgada el 8.11.1854 por el presidente Manuel Montt Torres y su ministro Antonio Varas, y publicada en el Boletín de Leyes, libro XXII, pp. 616 al 653, año 1854. En su artículo 114 se lee textual “Cualquier ciudadano tiene el derecho de reclamar contra los acuerdos o resoluciones municipales dictadas sobre negocios que no sea de la competencia del cuerpo, o que se ha excedido de sus atribuciones, o en que se contraría una lei o disposición dictada por autoridad competente. Si la Municipalidad, ante quien se interpondrá el reclamo, resolviere declarando legal i legítimo el acuerdo, podrá el reclamante ocurrir al Consejo de Estado para que resuelva”.

Es de interés señalar que esta ley indica con precisión los vicios en que podían incurrir los órganos municipales al emitir sus decisiones (acuerdos o resoluciones), o sea: (1) en aquellos casos que se refieran a “negocios que no sean de la competencia de la Municipalidad”, o específicamente de alguno de los órganos municipales, (2) que, siendo de su competencia, exceden sus atribuciones (lo que es, también, obviamente, vicio de incompetencia), (3) que contraríen disposiciones de una ley, o (4) que contraríen una disposición dictada por autoridad competente<sup>3</sup>.

La segunda ley, en materia municipal, es la promulgada el 12.9.1887, sobre organización y atribuciones de las municipalidades y publicada en el Diario Oficial N° 3.102, con la firma del presidente Balmaceda Fernández y su ministro Aníbal Zañartu.

Su art. 96, del Título X, “Disposiciones generales”, disponía que “Cualquier ciudadano podrá reclamar ante la Municipalidad contra sus resoluciones ilegales que no consulten los intereses locales, o que no sean de su competencia” (inc. 1°). “Si la Municipalidad desestimare el reclamo contra sus resoluciones ilegales podrá acudir al Consejo de Estado para que se resuelva” (inc. 2°). Como se advierte, repite más resumido lo que había establecido tres décadas antes la primera ley municipal de la República, en 1854. Pero esta ley, en su Título IX “De la responsabilidad”, contiene de manera muy clara disposiciones sobre la responsabilidad de las municipalidades respecto de sus actos ilegales y su obligación de

---

<sup>3</sup>Aquí habría un buen tema sobre control de la juridicidad del actuar de las municipalidades y sus orígenes, es decir sobre los modos de “impugnarlos por su contrariedad a Derecho”, sean acuerdos o resoluciones, *lato sensu*. Debe recordarse aquí que antes de existir la ley de 1854 se produjo un caso interesantísimo caratulado “Ex municipales de Vallenar” (Juzgado de Letras de Copiapó 9.4.1851 y Corte de Apelaciones de La Serena 24.7.1851, Gaceta de los Tribunales N° 475 (1851), 3413, N° 671, sobre nulidad de derecho público, que el prof. G. Bocksang H. incluye en *El nacimiento del derecho administrativo patrio en Chile (1810-1860)*. Universidad Católica de Chile, Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2015, 604-616, y que publicamos en *Ius Publicum* 31/2013, 285-287, con su comentario en 287-292.

indemnizar. Así, su art. 82 establecía que “Toda persona agraviada por una resolución ilegal de la Municipalidad tendrá acción civil para ser indemnizada por los que la acordaron” (inc. 1°); y el inc. 3° disponía que “la Corte de Apelaciones declarará previamente si es o no admisible la demanda”. Por su parte, el art. 83 expresaba: “Esta indemnización procede por los decretos y resoluciones ilegales que pueda justificarse que se obró sin tener principalmente en consideración el bien de la comunidad”. Finalmente, su art. 84 disponía que “En la misma forma podrá hacerse valer la responsabilidad resultante de omisiones graves en el cumplimiento de los deberes que expresen las leyes”. Y su art. 85 establecía una restricción para el ejercicio de estas acciones, como que prescribía que “Las acciones precedentes podrán instaurarse por el ministerio público o por los ciudadanos, siempre que el daño sea general”<sup>4</sup>.

La tercera ley de municipalidades y que aparece la más importante, es la promulgada el 24.9.1891, Diario Oficial N° 4.111, de 1891, dictada a tres meses del término de la revolución y asumido el gobierno de la Nación por el sector triunfante, texto que lleva la firma del presidente Jorge Montt Álvarez y su ministro Manuel J. Irarrázaval. En su Título XI, arts. 94 a 102, contiene disposiciones sobre “De la responsabilidad”, las cuales repiten en gran medida lo que la ley de 1887 disponía, con algunos agregados de mayor precisión. En lo que aquí interesa, su art. 99 disponía que “Cualquier ciudadano podrá reclamar ante las municipalidades contra sus resoluciones ilegales” (inc. 1°) y si estas “desestimaren” esa reclamación “podrá acudirse a la Corte Suprema, la cual se pronunciará breve y sumariamente con audiencia del ministerio público” (inc. 2°). Interesa advertir desde el punto sustancial en el hecho de la amplitud con que el legislador plantea el control ciudadano sobre la gestión de los órganos municipales (“cualquier ciudadano”) y otorgándosele el derecho a perseguir no a las municipalidades, sino a los órganos municipales “que hubieren acordado” “resoluciones ilegales” que le agraven y a través de una acción civil para que esos órganos le indemnicen “solidariamente”

---

<sup>4</sup>Debe señalarse que aquí aparecería una contradicción en que incurre este art. 85 con el art. 82 precedente, que señala que “toda persona que sea agraviada por una resolución ilegal de la Municipalidad...”, agravio que se entiende es personal, por lo cual no se comprende que después restrinja este derecho a solo en la medida “que el daño sea general”. Pareciera que en 1887 se estaba pensando en un doble aspecto, una acción personal y una acción popular, pero finalmente se quedó solo en la acción en interés de la comuna, quedando sin efecto el art. 82 cit.

En otro aspecto, valga señalar, como curiosidad, el uso que hace esta ley en su art. 27 de la expresión “acto administrativo” cuando dispone que “Todos los actos administrativos de la Municipalidad...”. Ya don Santiago Prado, en su “Principios elementales de derecho administrativo chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional siguiendo el plan i las teorías de varios autores”, publicado sin nombre de autor por la Imprenta Nacional. Calle de Teatinos. Santiago de Chile. 1859, 318 y 28 de índice y 2 de Erratas notables, en su página 311 habla precisamente de los “actos administrativos”.

(art. 94). E igualmente, la ley le concede dicha acción “en contra del alcalde por sus actos o decretos ilegales” (inc. 2º). Hay, como se lee, dos situaciones distintas: (1) la del art. 94, esto es una acción para perseguir la responsabilidad de los órganos por el daño que sus actos (resoluciones o decretos ilegales) y en la cual la víctima tiene una acción civil en su contra para obtener la indemnización debida, y (2) la del art. 99 que es la reclamación de “cualquier ciudadano” para impugnar las resoluciones ilegales de la Municipalidad.

Dando un salto hacia mediados del siglo 20, encontramos la ley 11.860, de 14.9.1955, y su capítulo VIII, arts. 111 a 115, sobre “De la responsabilidad”, en donde aparecen bien claramente que hay un retomar la ley de la comuna autónoma, de 1891, ya vista. Su art. 111 repite los arts. 82 y 94 de aquella con ligera modificación del plazo para deducir la acción indemnizatoria por la persona agraviada, plazo que se acorta a 60 días a contar de la fecha del acuerdo impugnado, incluso por cualquier ciudadano si el daño fuera general. El art. 115 permite reclamar a cualquier ciudadano tratándose de “omisiones” de las municipalidades que afecten el interés particular de una o más personas, y en un plazo de 15 días desde su notificación (inc. 2º). De interés aparece el “silencio positivo” previsto en la reclamación en contra del alcalde si no se pronuncia dentro de 30 días siguientes a la presentación del reclamo (inc. 3º). Su inc. 5º contiene la situación de ser desechada esa reclamación ante lo cual se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de la jurisdicción, la cual decidirá breve y sumariamente con audiencia del ministerio público. Aquí está bien planteado el origen de lo que será posteriormente el llamado “reclamo de legalidad municipal”, que hoy recoge la Ley 18.695, de 1987, hoy vigente.

## 2. LA IDEA DE “FALTA DE SERVICIO”

2.1. Es el Decreto Ley N° 1.289, de 14.1.1976, Ley orgánica de Municipios y administración comunal, el que introduce la regulación de lo que llama “responsabilidad civil de la Municipalidad extracontractual” en el tema de la responsabilidad del Estado, y aquí por los daños producidos por la actividad o inactividad de los órganos municipales<sup>5</sup>.

*Es su art. 62, inc. 3º que precisa que “la responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que*

---

<sup>5</sup>En terminología errónea, ciertamente (pero normal en la época), porque no es una responsabilidad “civil” y tampoco “extracontractual”; no es “civil” por cuanto no está regulada por las normas civiles de la responsabilidad de los privados y, tampoco, es “extracontractual” desde que se trata de una responsabilidad de una persona jurídica “estatal” (como son los municipios) y de origen “constitucional” y, por tanto, no cabe aplicar una terminología típicamente civil, esto es aplicable a los privados.

sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”. Su art. 63 establece, a continuación, que la acción para deducir la pretensión indemnizatoria prescribirá en un año “desde la fecha en que se produjo el perjuicio”. Por su parte, el art. 5° transitorio dispone que mientras no se dicte la ley general de lo contencioso administrativo regirán las normas que al efecto dicta sobre el llamado “reclamo de ilegalidad municipal” y así, quien deduce la pretensión “anulatoria” de un acto administrativo municipal puede agregar también la pretensión “indemnizatoria” si el acto impugnado de ilegal le ha producido perjuicios, esto es daños, lesión (*vid.* sus literales d), h) e i)<sup>6</sup>.

## 2.2. LA LEY 18.575, DE 5.12.1986, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Será esta ley, de gran significación para la regulación jurídica de la Administración del Estado, la que definitivamente introdujo con el término “falta de servicio” este arbitrio jurídico, que tanta discusión y literatura y jurisprudencia ha producido en estas más de tres décadas de vigencia.

El proyecto original enviado por el Presidente Pinochet Ugarte a la Junta de Gobierno<sup>7</sup> es de 20.5.1983. Merece recordar que su elaboración duró más de tres años y medio y tuvo un estudio bastante prolijo especialmente de la Cuarta Comisión Legislativa, siendo de interés su Informe de 27.6.1986 a la Junta de Gobierno en el que formula un texto sustitutivo en el cual su art. 45 disponía que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio” (inc. 1°). Esta disposición venía a complementar el art. 4° de su Título I “Normas

---

<sup>6</sup>Podrá notarse que el art. 62 inc. 3° no usa en ningún momento la expresión “falta de servicio” pero quien está al tanto del tema se dará cuenta que sin usarla está esa idea presente, recordando que ya en 1927 –cerca de cincuenta años antes– un reconocido autor francés, como era el profesor Paul Duez (1888-1947), catedrático de la Universidad de Lille, había descrito lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado había postulado hacia fines del siglo 19, como *faute du service*, uno, entre otros, de los criterios fundantes de la responsabilidad del Estado. Pues bien, Duez describía esta figura inventada por el referido Consejo, en su “La responsabilité de la puissance publique” (1ère. édit. 1927, 2é. édit. 1938, que tengo a la vista, pp. a 38), en una perspectiva cronológica, según iba apareciendo en dicha jurisprudencia pretoriana, por ejemplo, cuando el servicio público ha funcionado mal, especialmente respecto a su actividad material, o cuando ha incurrido en errores de orden jurídico; también, cuando, simplemente, no ha funcionado teniendo la obligación jurídica de actuar, o el servicio ha actuado de modo tardío, consumando así su inercia. De manera póstuma, fue publicado en 1952, Paul Duez-Guy Debeyre, “Traite de droit administratif”. Dalloz, con nueva edición en 1955. Para un período anterior a 1873 (arrêt “Blanco”/Trib. Conflits) *vid.* H. F. Koechlin, “La responsabilité de l’État en dehors des contrats, de l’an VIII à 1873”. LGDJ. Paris. 1957.

<sup>7</sup>Órgano legislativo, cuya Secretaría de Legislación realizara una gran labor para que la legislación de la época fuera elaborada con la debida técnica legislativa y se atuviera a las Actas Constitucionales/1976 y luego a la Constitución.

Generales”, que establecía “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”, disposición que repetía el art. 38 inc. 2º de la Constitución (textos todos aún hoy vigentes). El texto será aprobado por la Junta de Gobierno el 23.7.1986, y reiterada su aprobación el 14.10.1986, siendo publicado en el Diario Oficial el 5.12.1986<sup>8</sup>.

### 2.3. LA LEY 18.695 DE 31.3.1988, *ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES*

El Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno de fecha 13.5.1987, señala –en cuanto aquí interesa– que si se derogara el DL 1289/76, al momento de entrar en vigencia este proyecto como ley, la responsabilidad de las municipalidades quedaría sin normas que la regulara, por lo cual es necesario contemplar disposiciones a este respecto.

Así, la referida Secretaría acompaña el 19.8.1987 un Texto Sustitutivo que incluye un artículo 84, el cual retomando la disposición pertinente del DL 1.289/76, agrega el adverbio “principalmente”, es decir, las municipalidades serán responsables, “principalmente”, ... La razón de este agregado se debe a que las “fuentes” de la responsabilidad en que pueden incurrir los órganos municipales puede ser de variada índole y no solo la “falta de servicio”, como por ejemplo, se dice, el “riesgo” de la actividad desarrollada, el “enriquecimiento sin causa”, u otras. Y ello a fin de abarcar las distintas funciones que desarrollan, y pueden desarrollar en el futuro, los municipios. El 5.11.1987, el almirante Merino Castro, que presidía la Junta de Gobierno, envía un oficio al presidente de la Cuarta Comisión Legislativa, sobre el Proyecto de Ley, elaborado hasta ese momento, y sobre el art. 84, antes mencionado, propone lo que es hoy el art. 152 vigente, es decir lo que sería su redacción definitiva. Señala en esas “Observaciones” que se retoma el art. 62 del DL 1.289/76 y que el artículo tiene similar redacción que el art. 4º de la Ley 18.575/1986, disposición que está en plena concordancia con el art. 38 inc. 2º de la Constitución.

En este aspecto es fundamental recordar la historia fidedigna de este art. 4º de la Ley 18.575, por cuanto su olvido (o tergiversación estatista interesada) ha generado interpretaciones bien alejadas de su propio sentido. El Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (p. 164) dice de modo textual “Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión ‘responsables civilmente’, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil”. Y luego viene algo fundamental para el debido entendimiento del punto:

---

<sup>8</sup>Vid. más adelante sobre los arts. 4 y 44.

*En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basado en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público.*

aspecto que también lo reitera de manera expresa el mismo Informe más adelante (p. 1.75 y s.), y en el cual se afirma textualmente: “acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado” (p. 176).

De allí el art. 152 actual de la, Ley 18.695, cuyo texto dispone que “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá, principalmente, por falta de servicio” (inc. 1°). Se advertirá que se sigue la misma redacción del inicio del art. 4° de la Ley 18.575 pero agregando aquel adverbio “principalmente”, siguiendo el “principio general” asentado en el Título I “Normas Generales” de esta LOCBAE, *con lo que se deja constancia expresa que hay otros fundamentos de la responsabilidad del Estado*, además de la “falta de servicio” que introduce su art. 44/42, como hemos dicho hace un instante (el riesgo, el enriquecimiento sin causa, la igualdad ante las cargas públicas, etc.)<sup>9</sup>.

### 3. EL ARTÍCULO 44/42 DE LA LEY 18.575/1986

Valga recordar que la disposición de la Ley 18.575 que establece el “principio” de la responsabilidad del Estado por los daños causados por los órganos de la Administración del Estado es su artículo 4°, al inicio de su Título I sobre “Normas Generales”, disposición que es plenamente concordante –no puede ser de otro modo– con el art. 38 inc. 2° de la Constitución (y con sus arts. 6° y 7°, Bases de la Constitución), que dispone 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”.

Esta es la norma de principio, base, fundamento, del régimen jurídico chileno de la responsabilidad del Estado/Administración.

Cuando el Título II de la Ley 18.575, “Normas Especiales”, sobre “De la Organización y Funcionamiento”, dispone en su art. 44 (42 en el texto refundido DFL/Segpres N° 1/19.653, de 17.11.2001) que “Los órganos de

---

<sup>9</sup>Que hay otros fundamentos lo reconoce la jurisprudencia suprema ya desde fines del siglo XIX, como en *Abalos c/fisco/1889*, y *Fuschs y Plath c/fisco/1907-1908*, entre otros, y posteriormente, vid. *Galletué con/fisco/1984*, que explicamos al estudiar la responsabilidad del Estado y los casos de daños en beneficio del bien común, pero con perjuicios a particulares, que son indemnizados.

la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio” (inc. 1º), no está diciendo algo contrario a lo dispuesto por la Constitución (art. 38 inc. 2º cit.) ni a cuanto ha establecido –en concordancia con la Constitución– el propio art. 4º cit., como “principio, base y fundamento” de la responsabilidad del Estado/Administración (Título I “Normas Generales”), aplicables a toda la Administración regida por esta ley orgánica constitucional. Este art. 44/42 no viene a configurar un sistema distinto al establecido en la Constitución y concordante con esta, la Ley 18.575, ni a constituirse en un “contrasistema”, pues ello sería no solo insólito.

Contrariamente a lo que se pretendió por la defensa fiscal (Consejo de Defensa del Estado) en un primer momento, y que la Corte Suprema asumió hacia el 2002<sup>10</sup>, según lo cual la “falta de servicio” equivalía a la *culpa del servicio* (al modo francés, en la interpretación primitiva de la jurisprudencia gala de fines del siglo XIX y comienzos del XX sobre la *faute du service*)<sup>11</sup>, el art. 44/42 cit. jamás en su texto y en su sentido natural “falta de servicio”, hace referencia a “culpa” y culpa “del” servicio<sup>12</sup>, sino “falta” es en el idioma castellano sinónimo de “carencia”, “ausencia”, “omisión”, de la prestación que jurídicamente es debida por el servicio/órgano de la Administración, conforme a la ley que lo ha creado y ha dotado a sus órganos de potestades para satisfacer las necesidades públicas que le han sido impuestas a fin de cumplir su finalidad de bien común (art. 1º inc. 4º de la Constitución). “Omisión” y no “culpa” es lo que establece el art. 44/42 cit., lo que significa algo bien simple: mientras el art. 4º de la Ley 18.575 establece el “principio general” y norma de aplicación de la ley orgánica de la Administración del Estado, en cuanto sus órganos son responsables de los daños que causen en el ejercicio de sus funciones, el art. 44/42 especifica para mayor claridad –esto es, para que no exista duda alguna– que también esa responsabilidad alcanza a los daños producidos por su “inactividad”, es decir, cuando debiendo legalmente actuar no actúa (“omite” su actuación) o, lo que es lo mismo (como decía el art. 62 inc. 3º del DL 1.289/76), actúa de modo inoportuno o deficiente, que es un “no actuar” de la manera legalmente impuesta

---

<sup>10</sup>Vid., v. gr. *Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción*, Corte Suprema 30.4.2003, rol 1.290-02, ministros M. Libedinsky T., O. Alvarez H., U. Marín V. y J. Medina Cuevas, y abog. integr. R. Jacob Ch., en *Gaceta Jurídica* 274, abril 2003, 59-75, y mi comentario en este tomo 3, capítulo sobre la responsabilidad del Estado por los daños producidos por los Servicios de Salud.

<sup>11</sup>Vid., entre otros, los casos “Blanco” cit., “Pelletier”, Trib. Confl. 30.7.1873, “Époux Lemonnier” Conseil d’État 16.7.1918, en “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”. Dalloz.Paris. 2007/16 édit.

<sup>12</sup>Algo, además, imposible, porque estos organismos de la Administración (personificados o con la personalidad del Fisco) carecen de culpabilidad (vid. primeros capítulos de este tomo 3/entes de ficción, carentes de sustrato psicológico y de voluntad propiamente tal.

a la Administración, esto es, de modo adecuado, oportuno y eficaz (Ley 18.575, art. 3°).

Es verdad que costó no poco que la Corte Suprema admitiera que la idea de “culpa” y, más encima, la pretensión de aplicar el Código Civil a la responsabilidad del Estado Administración por los daños producidos en el ejercicio de las actividades de las Fuerzas Armadas (v. gr., Ejército, casos “Seguel Cares”/2009 y otros semejantes, y no obstante que antes no lo hacía “Caro Silva”/2005 o “Bustos Riquelme”/2005), era *incompatible* con el texto de la Constitución (art. 38 inc. 2°) y con el texto de la Ley 18.575 (arts. 4° y 44/42), siendo recién –diríamos– hacia 2019 (“Jaramillo y otro con Fisco”<sup>13</sup>) que se dio un giro importante a fin de seguir el verdadero sentido de la idea de “falta” de servicio como “omisión”, carencia de servicio, ausencia de la prestación jurídicamente debida y exigible por la ley a un específico órgano de la Administración, lo cual sería reiterado años después (2021) en “Luchsinger Mackay y otros con Fisco”<sup>14</sup>.

No aparece comprensible –si se atiende a los textos mismos, en su lectura natural y no retorcida– que la Corte Suprema se obnubilara con la idea planteada ya por la defensa estatal de contener en la Ley 18.575 ese planteamiento de responsabilidad del Estado Administración sobre la base de “culpa” del servicio, cuando: (a) por una parte, el texto legal (art. 44/42) –como lo hemos dicho– no expresaba “falta *del* servicio” (preposición “del” que hubiera podido dar pie a pensar en “culpa” del servicio) sino “falta de servicio”, o sea, “omisión” (como hemos venido insistiendo desde décadas), pero (b) por otra, la misma historia fidedigna de esta ley orgánica constitucional lo esclarecía en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa ya citada, al referirse a su art. 4°, al decir que no se utilizaba la expresión “responsables civilmente” (como lo había hecho el DL 1.289/76, ley orgánica de municipios y administración comunal, art. 62), para evitar la confusión “con la responsabilidad consagrada en el Código Civil”. Y (c) aún más, desde que la misma Cuarta Comisión mencionada señalaba que esta ley (que será la Ley 18.575) consagraba en este art. 4° *un criterio nuevo de responsabilidad que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basado en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público*<sup>15</sup>. Vale decir, que la idea misma de falta de servicio en el texto de los arts. 4° y 44/42 de la Ley 18.575, responde a un criterio objetivo, que no es otro que *el hecho concreto, objetivo, de la falta/omisión de servicio, omisión de la prestación legalmente debida, que ha producido el “daño”,*

---

<sup>13</sup>Corte Suprema 24.4.2017, rol 52.961, ministros S. Muñoz, C. Aránguiz, M. Valderrama y abog. integr. J. P. Matus y A. Prado, en *Ius Publicum* 39/2017, 221-231, con comentario nuestro.

<sup>14</sup>Corte Suprema 5.8.2021, rol 82-2021, ministros A. Vivanco M., A. Ravanales A., J. Zepeda A. (s) y abog., integr. L. Etcheberry C. y G. Ruz L., en *Ius Publicum* 47/2021, 214-232, comentario nuestro en 233-236.

<sup>15</sup>*Vid.* Informe cit. en 164 y 175.

la “lesión” (como dice el art. 38 inc. 2º de la Constitución) que sufre la víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlo, a padecerlo. Nada más “objetivo” que un “hecho”, lo que los romanos lo elevaban a “principio”, *contra facta non valet argumenta*. De allí que yo al comentar el caso, devenido famoso en la cátedra, “Tirado con Municipalidad de La Reina”, señalaba que establecía claramente la Corte Suprema, en su fallo de casación en el fondo, la “responsabilidad objetiva” sobre la base de la “causalidad material” (considerando 4º) y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 62 del DL 1.289/76 cit.<sup>16</sup>

En efecto, este proceso de responsabilidad del Estado/Municipalidad por daños producidos por una “omisión” trágica de un servicio municipal devino un *leading case*, un *cas d’espèce*, en el tema, no solo por tratarse de una falta de servicio, constitutiva de una omisión, es decir, ausencia, carencia, de actividad municipal que provocó un accidente de lesiones muy graves en la víctima, joven madre de hijos pequeños, que sufrió múltiples fracturas en sus piernas y lesiones en su cuerpo y rostro, con varias operaciones, postrada durante meses y sin poder atender a su casa, su marido y especialmente a sus hijos de corta edad y con todos los trastornos correspondientes en su familia, además de una larga recuperación, sino sobre todo porque desde la sentencia de primera instancia (14.8.1979) quedó establecido que se trataba de una “responsabilidad objetiva”, que no atendía a la culpabilidad de un agente de la Administración (como lo afirmara rotundamente la Corte Suprema (24.3.1981).

Pues bien, la importancia jurídica del caso radica especialmente en los fallos de la Corte de Apelaciones y sobre todo en el fallo de casación en el fondo de la Corte Suprema. La primera instancia (4º Juzgado Civil de Santiago), jueza doña Antonia Morales Villagrán<sup>17</sup>, acoge la demanda fundada en la propia ley orgánica de municipios (DL 1.289/76, art. 62) y también conforme a las normas del Código Civil (como solía ser costumbre por aquella época/1978). Aquí adquiere importancia el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de la apelación deducida por la Municipalidad de La Reina por cuanto confirmando el fallo de primera instancia elimina completamente toda la fundamentación civilista, despejando el camino para asentar la responsabilidad del Estado, en este caso responsabilidad de las municipalidades, en las solas normas del Derecho Público<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup>Los fallos en RDJ 78/1981, 2.5, 35-44, mi comentario en Primera Parte, Sección Derecho, 35-45.

<sup>17</sup>Magistrada que luego sería la primera jueza en llegar a ser ministra de la Corte Suprema.

<sup>18</sup>¡Qué paradoja! Si hasta el mismo don Andrés Bello había estipulado claramente y sin lugar a duda alguna, en el Libro I, Título XXXIII de su Código, vigente desde el 1º de enero de 1857, art. 547 inc. 2º, que “Tampoco se extienden las disposiciones de este Título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, *las municipalidades...: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales*” (cursivas nuestras).

Será, sin embargo, el fallo de la Corte Suprema (24.3.1 81), al conocer la casación en el fondo interpuesta por la Municipalidad demandada, el que esclarecerá de manera impecable *el carácter objetivo* de la responsabilidad del Estado, en este caso, administración municipal. En efecto, la Corte establece con precisión (consid. 4º) que la responsabilidad estatal se fundamenta en la “causalidad material”, esto es en el *hecho* que constituye el daño, es decir “la lesión”, el perjuicio, sufrido por la víctima, hecho que *en sí, de suyo, es “objetivo”*, sin que deba atenderse al autor del daño y su intención (dolo o culpa), ya que ello viene a ser indiferente para la víctima, la cual tiene enfrente suyo a un organismo del Estado, que debiendo en virtud de la ley actuar no actuó y su inactividad produjo el accidente, origen del proceso indemnizatorio. La Municipalidad demandada argüía que el fallo recurrido habría incurrido en infracciones a las disposiciones del Código Civil, pero la Corte Suprema desecha tal afirmación por cuanto no podía haber tales infracciones desde que el fallo impugnado “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” (cursivas nuestras). Debe señalarse que ya el fallo de primera instancia (de 14.8.1979. consid. 15) ha afirmado sobre la base del inc. 2º del art. 62 del DL 1.289/76 cit., que la responsabilidad que esta norma consagra es una “responsabilidad objetiva”, “en que el perjudicado es relevado de probar si hubo dolo o culpa del agente, como también la identidad de este, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la organización edilicia debió subsanar” (lo que confirma el consid. 5º del fallo de apelación, de 23.4. 1980, redacción ministro A. Bañados Cuadra). Valga señalar que la Corte Suprema condena en costas a la Municipalidad demandada solidariamente con el abogado que patrocinó el recurso de casación en el fondo (ministros Maldonado, Ramírez, Erbeta y Rivas y abog. integr. Luis Cousiño Mac Iver/redactor).

Este mismo planteamiento de ser la responsabilidad del Estado/Administración una responsabilidad objetiva será reiterado en *Villegas Lorca c/Municipalidad de Providencia* (C. Suprema 4.1.1993), caso cuya sentencia de primera instancia (Tercer Juzgado Civil de Santiago, 27.11. 1989, Jueza Rosa Egnem Saldías, que también llegaría a la Corte Suprema en la Tercera Sala/Constitucional) acogió la demanda por el daño sufrido por el hijo del actor, quien conduciendo su vehículo por dicha comuna se encontró con un montículo de escombros en plena calle Diego de Almagro con el cruce de la calle Arturo Medina, lugar oscuro, y sin que hubiera señalización alguna que advirtiera el peligro, viendo dicho obstáculo solo muy cerca de él, lo que hizo que su viraje súbito para evitarlo hiciera que su auto sufriera daños de consideración y las correspondientes lesiones a su conductor, precipitándose “sobre un poste emplazado en la acera”.

El fallo (consid. 6° y 11°) considera probada la causa del accidente en la “ausencia de señales de peligro adecuadas para el tránsito nocturno, a que está obligada la Municipalidad (art. 5° letra a) de la Ley 18.695) y establece (consid. 13°) que incluso el art. 177 de la Ley del Tránsito afirma la “responsabilidad objetiva” de la Municipalidad en el caso allí establecido, “accidentes que son consecuencia *del mal estado de las vías públicas o de su señalización*” (cursivas nuestras).

La Corte de Apelaciones de Santiago (13.9.1991) rechaza la demanda acogiendo la apelación de la Municipalidad, en razón que entiende que a la Municipalidad no le asiste obligación alguna de mantener iluminada las vías públicas y señalizado debidamente los obstáculos que existen en ellas (sic !), pero bien afirma (consid. 2°) que la responsabilidad de que se trata en el proceso es una responsabilidad objetiva (ministros Gálvez Blanco y A. Montiglio y abog. integr. Álvarez Hernández).

La Corte Suprema al conocer el recurso de queja deducido por el actor, inicia su fallo (consid. 1°) señalando que los fundamentos contenidos en el fallo del tribunal de primera instancia “tienen mérito suficiente para resolver el asunto” y en su consid. 3° establece que la legislación municipal (Ley 18.695) que cita en su considerando anterior y también la “Convención sobre señalización vial” (D. Oficial 24.3. 1975) hacen responsable a la demandada, por lo cual deja sin efecto la sentencia recurrida y confirma la sentencia de la primera instancia, con costas (ministros Jordán, Araya y Valenzuela Erazo, y abog. integr. Castro y Fernández Richard).

Este mismo “carácter objetivo” de la responsabilidad del Estado/Administración, afirmado ya desde el DL 1.289/76, ley orgánica de municipios y administración comunal, y luego por la Ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades, sobre la base de la llamada “falta de servicio” entendida como “omisión” de la debida prestación a que jurídicamente obliga a la Administración la ley de municipalidades, será una y otra vez reiterado en los numerosos fallos recaídos en los casos llamados de los “retornados” y que fueron emitidos por la Corte Suprema en sucesión entre los años 1997 y 2004<sup>19</sup>.

\*\*\*\*\*

De allí que al concluir este párrafo debe afirmarse que es la “lesión” (como establece la Constitución en su art. 38 inc. 2°), es decir el “daño” (como en concordancia con la norma constitucional citada lo afirma el

---

<sup>19</sup>Vid. la cita que hago de más de 45 fallos en nuestro “Derecho Administrativo”. Temas Fundamentales (3a. edic.). Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2013, 544-545, y con la referencia a cada caso en “Derecho Administrativo”, tomo 2, El acto administrativo. Thomson Reuters. Santiago de Chile 2023, 487-516.

art. 4° de la Ley 18.575<sup>20</sup>) *la base, el fundamento*, del régimen jurídico chileno de la responsabilidad del Estado/Administración<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup>Al inicio de la oración, “El Estado será responsable de los daños que causen los órganos de la Administración...” y su art. 44/42 inc. 1°, “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen...”.

<sup>21</sup>Hay que agregar que ello es en la medida en que la víctima no está obligada a soportar el daño, como ocurre en el caso de las llamadas “cargas públicas”, conforme al art. 19 N° 20 de la Constitución. Aun en este caso habría que distinguir las “cargas públicas” que son “generales” para toda la ciudadanía (caso v.gr., de los impuestos) de aquellas que recaen en un grupo más determinado y reducido de personas como serían las que se encuentran en las llamadas “zonas de sacrificio”, o aun aquellas que sufren un perjuicio en bien de toda una determinada comunidad, piénsese en los habitantes de la comuna de Puchuncaví/5a. Región, Valparaíso y el sufrimiento a que han sido expuestos por las emanaciones tóxicas durante décadas producidas por la empresa estatal Codelco y su Fundación Ventanas, y los perjuicios en su agricultura, y aun en forma muy específica recuérdense los fallos recaídos a fines del siglo XIX y comienzos del XX, *Ábalos c/Fisco* (1889) y *Fuschs y Plath c/Fisco*, citados y comentados en este tomo 3.