

## BASES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR

*Jaime Rojas Varas*  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Arturo Prat

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Es sabido que la teoría de la responsabilidad presenta varias dificultades por resolver. Es así que, en primer término, la existencia misma de la responsabilidad del Estado pasó por etapas en que no se le consideraba responsable por los daños que causaba; en segundo lugar, cómo debía tomarse al Estado en estos casos: si como un organismo que es responsable directamente o como asumiendo la responsabilidad de los daños causados por sus agentes, y, finalmente, en tercer lugar, se discutía el conjunto de normas aplicables al Estado, esto es, si se le aplicaban las mismas que regulan a los particulares y que están contenidas en el Código Civil, o si, por el contrario, existía una preceptiva especial a la responsabilidad del ente estatal.

Durante el siglo XIX la influencia de la teoría de la soberanía absoluta del Estado hacía que a este se le considerara irresponsable por los perjuicios que pudiera provocar por su actividad: si el Estado es soberano, mal puede ser responsabilizado, se decía. El principio *the king can do no wrong* (el rey no puede cometer daño antijurídico), se demuestra con la famosa declaración de Laferrière, "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin condiciones". En el supuesto de daños causados por el Estado, al particular solo le quedaba la posibilidad de dirigirse contra el funcionario y por la vía del Código Civil.

Esta teoría fue perdiendo vigencia poco a poco, debido fundamentalmente a la teoría del servicio público, pues, al decir de Georges Vedel, al tratar el Estado en términos de servidor mal podía considerarse como irresponsable. Actualmente, tanto por la evolución doctrinal como jurisprudencial, se ha variado la posición anterior, en forma que ya no solo se admite que el Estado es responsable por los daños que cause, sino que en ocasiones es sujeto pasivo de ese régimen aun en términos más estrictos que los propios particulares.

Se consideró durante un lapso bastante prolongado que el Estado, al constituir una persona jurídica, solo tenía una responsabilidad indirecta derivada del hecho ajeno, en términos similares a las que contempla la normativa común para las personas que tienen la guarda de otras o están encargadas de su cuidado, como los padres o tutores. Sin embargo, la falta de presupuestos que justificaran esta responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, derivó a la doctrina y

jurisprudencia hacia un sistema de responsabilidad directa del Estado, cuya expresión más fiel es la teoría de la falta de servicio.

La falta de servicio consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la misma que generen daño, dan lugar a una responsabilidad directa del Estado; la colaboración o participación de varias personas en la prestación del servicio, la dificultad de individualizar el causante del perjuicio y cierta entidad jurídica que se concede a ese conjunto humano y operacional que se llama servicio, son las justificaciones de esta teoría.

La aplicación de las normas de responsabilidad del derecho común al Estado fue considerada demasiado drástica, por lo que se buscó un régimen menos severo, que se vio reflejado en el fallo Blanco, pronunciado por el Tribunal de Conflictos de Francia de 1873. En él se pretendió construir una teoría propia de la responsabilidad, diferente a la que enjuicia a los particulares, principalmente por regirse por principios distintos, como se verá más adelante. Dicho fallo indicó que "la responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados".

### II. LAS CONSTANTES DE LA RESPONSABILIDAD

Siguiendo a Jean Carbonnier, las constantes de la responsabilidad son el daño y la relación de causalidad entre este y el hecho al cual la ley atribuye una responsabilidad.

A) *El daño o lesión patrimonial*: García de Enterría, en España, distingue el concepto jurídico de daño, del concepto vulgar de perjuicio. Por este último se entiende un detrimento patrimonial cualquiera, mientras que para que exista lesión resarcible se requiere que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, y no porque la conducta de su autor sea contraria a

Derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo<sup>1</sup>.

Así, pues, según la doctrina española, la antijuridicidad convierte en lesión indemnizable el perjuicio económico. Los requisitos que debe reunir la lesión, son los siguientes:

- a) El daño ha de ser efectivo. Ello significa que ha de ser real, presente y no futuro, haber producido una disminución patrimonial a la víctima y no una molestia pasajera.
- b) Debe ser evaluable económicamente. Esta evaluación no presenta demasiados problemas cuando se trata de daños materiales o físicos, pero, en cambio, ha existido cierta resistencia a la admisión de los daños morales, debido a la extrema dificultad de su valoración<sup>2</sup>.
- c) Deben estar individualizadas la o las personas afectadas por la lesión a su patrimonio, toda vez que el daño puede no ser exactamente igual para todas.
- d) El daño debe ser antijurídico, es decir, la Administración tendrá la obligación de indemnizar al particular que padezca una lesión económica que no tenga la obligación de soportar. La concurrencia de alguna causa de justificación del daño patrimonial sufrido por el particular, como pueden ser la ejecución administrativa o el cumplimiento de un contrato, excluye la antijuridicidad del daño y, en consecuencia, no existirá lesión indemnizable alguna. En nuestro país se ha dicho que "ese daño producido antijurídicamente y sufrido por la víctima implica para el ordenamiento mismo una alteración o ruptura de la igualdad en las relaciones que regula u ordena, desde el momento que significa una desigual repartición de las cargas públi-

cas, derecho fundamental que la Constitución asegura y ampara frente a aquellas cometidas por los órganos públicos, a quienes se prescribe el más estricto cumplimiento del ordenamiento fundamental, pues ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo*, tomo II, pag. 307)<sup>3</sup>.

*B) Relación de causalidad:* La relación de causalidad es el vínculo que debe existir entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio. Este vínculo no existe cuando el daño es producido por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima. Estas circunstancias exoneran de responsabilidad al demandado y juegan de manera diferente, según se trate de responsabilidad fundada en una presunción de culpa o en el riesgo<sup>4</sup>.

Para que surja la responsabilidad es necesario que la lesión producida pueda ser atribuida a una persona diferente de la propia víctima. Según Fernández Rodríguez, la imputabilidad es un fenómeno jurídico consistente en la atribución de un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este.

<sup>3</sup> En relación con lo sostenido por Soto Kloss de que la obligación de reparar nace del daño, se ha estimado que tal posición es inaceptable, entre otras razones, porque pueden haber perjuicios causados por la actividad legítima del Estado que no violan el principio de igualdad (ej. Restricciones administrativas) y que no generan restitución alguna en tanto no se desnaturalice el derecho de propiedad, porque la restricción es indebida —en caso de hacerlo— al violar un derecho garantizado por la ley positiva. En el primer caso hay una carga no indemnizable, impuesta por una razón de justicia legal o general, pero en el segundo sería injusto no indemnizar a quien es privado de todo o parte de su propiedad en aras del bien común, ya que ese derecho se ha concedido al hombre para atender, por su intermedio, las necesidades de la comunidad, aparte del fin inmediato de satisfacer sus requerimientos esenciales. En consecuencia, si bien la restitución para restablecer el desequilibrio causado en el patrimonio individual, tiene una finalidad social mediata, obedece, en cambio, a una finalidad inmediata respecto de la persona afectada. (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pag. 223).

<sup>4</sup> La jurisprudencia extranjera reciente ha sido variada en torno a exculpar a la Administración por concurrir una causal eximente. En este sentido, la jurisprudencia argentina sostiene que "Resulta absurdo pretender que el poder de policía sea una herramienta legal en virtud de la cual puede demandarse al Estado por los daños que ocasionan los particulares que incumplen aquellas normas básicas tendientes a preservar la seguridad común. En tales condiciones, tal responsabilidad no se configura y por el contrario, es necesario destacar que es la ejecución irregular y clandestina de obras de remodelación efectivizadas por el propietario, el factor desencadenante o el antecedente inmediato y eficaz para arribar al resultado dañoso, cuya aptitud, además de consolidar la exclusiva culpabilidad de dicho sujeto, neutraliza la responsabilidad que pueda atribuirse a la Comuna, en la medida que esta adopte todos los medios legales a su alcance para impedir la ruina, siendo superado su accionar por el obrar antijurídico del propietario (Sentencia definitiva -CNCIV- Sala A, Recurso A193532, de 18 de julio de 1997, causa Di Filippo c/Trisol y otro). En otro caso de exculpación, por sentencia del T.S.J. de Baleares, de 31 de julio de 1997 (Ar. 1608), declara la no responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados (muerte del conductor) por un desprendimiento de rocas sobre una carretera, y ello en base a que considera que se trata de un caso de fuerza mayor.

<sup>1</sup> "El supuesto de ella —se refiere a la responsabilidad del Estado— es la existencia de un hecho, acto u omisión antijurídico de un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones. No se olvide que la Constitución, tanto en su art. 6° inc. 3° como en su art. 7° inc. 3°, señala que la responsabilidad del Estado surge, nace o se origina en la medida en que haya una "infracción" a lo dispuesto en la primera de las disposiciones constitucionales referida, infracción que "generará" dicha responsabilidad, o una "contravención" a lo estatuido por la segunda de ellas, la cual "originará" esa consecuencia aludida. Se requiere, pues, para que nazca esta responsabilidad del Estado, de la existencia de un actuar o un omitir antijurídico, contrario a derecho, tal como lo exige la propia Constitución (SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Nota 1, pag. 311).

<sup>2</sup> Se ha sostenido en estrados que de estimarse procedente otorgar una indemnización, el cuántum de ella debe quedar sujeto a los criterios que usualmente prevalecen en el derecho chileno. Así, la evaluación del daño moral o extrapatrimonial no está sujeto a tarifa o cuantificación en el texto positivo, pero la aplicación práctica del derecho ha venido estableciendo criterios que importan principios de racionalidad y de prudencia en la regulación de estas indemnizaciones. El tribunal debe establecer la existencia de ese daño y los factores que tendrá en vista para su fijación. Los principios a que debe ceñir su decisión deben apuntar a la idea de justicia y de equidad; su potestad está acotada, limitada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Puede tener su origen el daño o lesión patrimonial, tanto en una actuación como en una omisión del Estado<sup>5</sup>, y debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En el supuesto de funcionamiento normal, ello quiere decir que la actividad de la Administración es perfectamente lícita, pero, sin embargo, esta, a través de una actividad lícita también puede producir daños a los particulares, como por ejemplo, los daños producidos con ocasión de accidentes (transportes públicos, situaciones de emergencia, etc.). Hugo Caldera expresa que "no solamente pueden ser causa de responsabilidad extracontractual las actuaciones irregulares del Estado, sean ellas jurídicas o simplemente materiales, o la actitud pasiva de la Administración cuando estaba obligada a actuar, sino que también puede comprometer la responsabilidad del Estado la actividad legítima de éste. En ocasiones, el ejercicio de las potestades públicas exteriorizada en forma ajustada al principio de legalidad sea por la Administración o por el Legislativo podrían comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado si causaren daños y si vulneraren el principio de igualdad ante el derecho".

En el caso de funcionamiento anormal, la imputación a la Administración del daño producido es más sencillo, pues existe un reproche de culpabilidad hacia el agente de la Administración. Pero no todos los daños que causen las personas al servicio de la Administración se imputarán inmediatamente a esta, sino solo los que sean como consecuencia del ejercicio de funciones públicas, excluyéndose en consecuencia la actividad privada de los agentes o funcionarios de la Administración.

*C) La culpa de la víctima:* Para que el daño producido pueda ser imputado a la Administración, se re-

quiere que aquel sea consecuencia directa de la actividad administrativa. Pero ocurre que en dicha relación de causalidad pueden producirse interferencias debido a la propia conducta culposa del perjudicado o la de un tercero.

Respecto de la conducta culposa del propio perjudicado, en la jurisprudencia española se ha concluido que "la responsabilidad objetiva de la Administración no supone que la obligación e indemnizar nazca siempre que se produzca una lesión por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino que es preciso que entre la lesión y este funcionamiento exista un nexo de causalidad objetivo de que resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento, sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado, pues si esta intervención es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa principal es imputable al propio dañado" (Sentencia de 4 de julio de 1980 Ponente: Díaz Eimil).

En igual sentido, se dice también que "es doctrina de esta Sala la exigencia de un nexo causal, directo e inmediato, entre el actuar imputable a la Administración y la lesión ocasionada, que para ser resarcible ha de consistir en un daño real y no en meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas; y ese nexo de causalidad ha de ser exclusivo, es decir, que no ha de tener inmisiones o interferencias extrañas en la que pudieran cooperar terceros o el propio lesionado, no ya desde situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, lo que habría de excluir la responsabilidad administrativa" (Sentencia de 27 de octubre de 1980. Ponente: Pérez Hernández).

*D) Individualización del autor de la lesión o daño:* De acuerdo a la normativa vigente en la materia, especialmente en el derecho nacional, se subentiende la necesaria individualización del que causa el daño para responsabilizar a otro. Entre distintos propósitos, para permitir el ejercicio del derecho a repetir.

Tal exigencia se debe a que es frecuente que cuando se persigue la responsabilidad del Estado, la autoría sea desconocida y que se trate de hechos generalmente imprecisos y vagos. En estos casos, ante la ausencia de prueba entre la relación de causalidad de los hechos y las personas naturales productoras del daño, la demanda debería ser rechazada por los Tribunales respecto del Estado, pues no se habría establecido la efectiva condición de funcionarios de los autores a la fecha de ocurrencia de los hechos, como tampoco la naturaleza y extensión de sus funciones. Sin embargo, no puede exigirse dicha individualización cuando se demanda por falta de servicio, por tratarse de un error institucional que se entiende como hecho propio del Estado. En este sentido, Juan Carlos Cassagne anota que "puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto

<sup>5</sup> La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila solo cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en las personas o en los bienes de los particulares. Un fallo interesante dictado en Argentina sobre la omisión del Estado indica que "las omisiones en el desempeño de funciones esenciales acarrear la responsabilidad del Estado. El cuidado de la seguridad pública, que depende del ejercicio de facultades discrecionales, en cuanto a la forma de concretarla, no entraña una suerte de obligación de resultado que le exija a aquel evitar todo daño a las personas o cosas, cometido por particulares. Ello es así porque de aceptarse ese criterio, todo acto culposo acaecido en su territorio, lo haría responsable de sus consecuencias, porque importaría la violación del deber jurídico genérico -seguridad pública-, postura esta que es a todas luces inconsistente" (Sentencia Definitiva -CNCIV- Sala I, recurso 1089486, de 31 de octubre de 1996, Simahan c/Cruz). El T.S.J. de Castilla y León/Valladolid, en sentencia de 31 de octubre de 1991 (Ar. 1959), expresa que la Administración no puede responder de todos los daños que hubiera podido evitar, ya que ello comportaría convertirla en una "aseguradora universal". Así, solo son imputables a la Administración aquellas omisiones que supongan infracción de "un deber legal de obrar establecido en interés ajeno".

de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiendo a la realización de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente”.

### III. RESPONSABILIDAD POR CULPA O POR RIESGO

El fundamento de la responsabilidad puede ser la culpa o el riesgo.

La responsabilidad por culpa es subjetiva, implica un juicio sobre la conducta de un individuo. Para los hermanos Mazeaud, la culpa es un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias. Resulta de la comparación del obrar de una persona con un tipo ideal que se toma como modelo. La culpa puede producirse, entre otras causas, por imprevisión, abstención, imprudencia o impericia.

Por el contrario, el riesgo es una noción objetiva. No es necesario investigar el comportamiento de una persona; no implica ningún juicio de valor sobre los actos de alguien. No debe probarse que el daño se causó por culpa de una persona: basta acreditar que el perjuicio obedece al hecho de otro. Así se dice que “La responsabilidad patrimonial de la Administración queda configurada de forma directa y objetiva, con abstracción de cualquier elemento subjetivo de culpa en el funcionario o agente de los entes públicos. Por ello, se incluyen dentro de la cobertura de este principio general, no solo los daños ilegítimos que son originados por una actividad culposa de la Administración o de sus agentes, sino también, por los daños producidos por una actividad lícita”. (BARRACHINA, Juan, *Derecho Administrativo*, pág. 405).

Los dos sistemas difieren en cuanto a la carga de la prueba: en la responsabilidad subjetiva es preciso probar la culpa; en la objetiva, basta comprobar que el perjuicio se ha causado por la actividad del demandado, sin que esta actividad se vea calificada de culposa<sup>6</sup>.

La responsabilidad sin culpa fundada en el riesgo, en el derecho público ha tomado fuerza en razón del principio de la igualdad ante las cargas públicas, lo que va a significar que el daño puede recaer sobre un tercero por la acción administrativa, que deberá repartirse entre todos por intermedio del tesoro público. También se han dado otras bases para afirmar esta responsabilidad: teoría de la expropiación, del sacrificio especial, del enriquecimiento sin causa y abuso del derecho, de los derechos adquiridos, del seguro social, de la solidaridad humana.

<sup>6</sup> La culpa, según Cassagne, no es un presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado, y si bien durante el siglo pasado gozó de los favores de la jurisprudencia administrativa francesa, ella fue prontamente abandonada para ser sustituida por la responsabilidad por los daños causados por falta de servicio (idea objetiva).

### IV. DELIMITACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PERSONAL Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Para que un agente sea declarado responsable hacia la víctima o hacia la Administración, es preciso que haya cometido una falta o culpa personal. Laferrière expresa “Hay falta de servicio si el acto administrativo perjudicial es impersonal y revela al administrador más o menos sujeto a error; la falta personal, al contrario, es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia”. Hariou oponía, por su parte, la falta de servicio que “corresponde al margen de mal funcionamiento que hay que esperar de la diligencia mediana y la falta personal que excede este margen de mal funcionamiento”, y que para su configuración se tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público, dándose tanto en el caso en que la falta de servicio se excluye como cuando la falta tenga alguna vinculación con el servicio.

La jurisprudencia francesa tiene establecido que son faltas personales, en primer lugar, las cometidas en las actividades privadas del agente que no tiene ninguna relación con el cargo que desempeña y, en segundo término, las causadas en el servicio o con ocasión de él pero que, como lo expresa el Consejo de Estado, “están desprovistas de todo vínculo con el servicio”<sup>7</sup>.

### V. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Es ya unánime en la doctrina chilena el sostener que la responsabilidad del Estado, en cualquiera de las funciones o actividades que realiza, tiene un origen constitucional, principalmente por los principios de supremacía constitucional y de legalidad que se contienen en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. Según el artículo 6° citado, los órganos del Estado resultan responsables de la infracción en que incurren al no “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. En igual sentido, la infracción a lo preceptuado en el artículo 7 referido, origina para el Estado no solo la nulidad del acto que haya emitido o dictado, sino, además, las responsabilidades consecuenciales.

Estas normas son complementadas por otras tres disposiciones que se integran de manera armónica al principio de la responsabilidad, cuales son los artículos 4°, 5° inciso segundo y 1° inciso cuarto, todos igualmente integrantes del Capítulo I de la Constitución: “Bases de la institucionalidad”.

<sup>7</sup> En su posterior evolución, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, a partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscrita a supuestos muy particulares (v.gr. explosión de municiones en razón de riesgo excepcional de vecindad).

Las diferencias doctrinarias se producen en el tipo de responsabilidad que afecta al Estado, los alcances de la misma y la posición que en ella se encuentra el administrado.

La norma principal que origina tales divergencias es la establecida en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, incluso con la modificación introducida por la Ley N° 18.825, que señala literalmente que "cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiera ocasionado el daño".

Se ha dicho que tal disposición constituye la piedra angular del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, comprendiendo todas las causas que originaren perjuicios a consecuencia de acciones o de omisiones provenientes de dicha Administración, de sus organismos o de las municipalidades<sup>8</sup>.

Para algunos, el modelo recogido y establecido por la Constitución de 1980 se aparta totalmente de los esquemas decimonónicos del Código Civil, toda vez que el referido artículo 38 "ingresó al ordenamiento jurídico nacional un sistema de responsabilidad que no se basa en la culpa o el dolo del causante del daño, es decir, en la ilicitud del actuar del autor de la lesión, sino que, por el contrario, se sustenta en la existencia de una 'víctima' que ha sufrido un daño en sus derechos, con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del comportamiento del que lo hubiere ocasionado". Se concluye que "la responsabilidad de la Administración del Estado chileno procede cada vez que esta haya causado un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad"<sup>9</sup>.

Por su parte, don Eduardo Soto Kloss sostiene que al ser una responsabilidad de una persona jurídica, imposible de estructurar sobre la base del dolo o la culpa, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producida por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para este de indemnizar a aquella<sup>10</sup>.

Siguiendo la misma opinión, pero en una forma más atenuada, el profesor Pantoja Bauzá sostiene que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política "no está orientado ni tiene en mente al establecer su preceptiva, regular la Administración Pública, ni el orden jurisdiccional. Estas organizaciones son solo los puntos de apoyo de la norma, que ve en ellos al

autor de un daño y al órgano reparador del perjuicio, respectivamente, como referentes obligados de la cláusula indemnizatoria general que consagra, garantizando, más bien, la integridad del patrimonio ciudadano a través de la prohibición implícita que dirige perentoriamente a los órganos de la Administración Pública de afectar la esfera subjetiva propia de cada sujeto jurídico, bajo apercibimiento de derecho, apercibimiento que no es otro que la habilitación que franquea a 'cualquier persona que sea lesionada' con ese actuar para recurrir jurisdiccionalmente y obtener de los tribunales... la reparación del daño causado". Más adelante expresa que "esta norma pasará a ser la base del sistema de responsabilidad extracontractual que ha de regir al Estado Administración en la República, conforme a una concepción objetiva de "responsabilidad por daño" y a los parámetros constitucionales que la rigen"<sup>11</sup>.

No obstante las opiniones referidas, no es posible colegir categóricamente que la norma del inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental establezca la llamada responsabilidad objetiva, pues a tal conclusión no conducen ni la historia de su establecimiento ni la aplicación práctica que ha tenido en la jurisprudencia dictada en los últimos tiempos en nuestro país.

En efecto, dicho artículo a nuestro juicio tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa, toda vez que en su concepción original aparece claramente como el reemplazo que la Constitución Política de 1980 hizo del artículo 87 de la Carta de 1925, ubicado en el capítulo del Poder Judicial. Lo que se pretendió por parte del Constituyente de 1980, como señala acertadamente don Pedro Pierry, teniendo varias opciones entre las cuales elegir en cuanto a los requisitos del actor para interponer la acción contenciosa administrativa, optó por la solución de exigir al reclamante -para utilizar el término del artículo 38- que invoque un derecho subjetivo violado por la Administración, acercando de este modo el recurso de nulidad al contencioso administrativo subjetivo. En otros términos, la expresión "persona que sea lesionada en sus derechos" está referida al requisito para poder recurrir ante los tribunales y no tiene el sentido de aceptar un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado<sup>12</sup>.

Entender que la mencionada norma consagra un sistema de responsabilidad objetivo, provocaría necesariamente que todos los órganos comprendidos en la misma, es decir, aquellos que integran la Administración del Estado quedarían comprometidos por el solo hecho que existiera un vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño, olvidándose que gran parte de ellos se rigen por normas distintas, que tienen exigencias y contenidos absolutamente diversos. No

<sup>8</sup> CALDERA DELGADO, Hugo, "Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980", pág. 123.

<sup>9</sup> FIAMMA, Gustavo, "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Falta de Servicio", Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N° 2, julio-agosto 1989, págs. 434-435.

<sup>10</sup> Informe Constitucional N° 290, de 9 de abril de 1992.

<sup>11</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Bases Generales de la Administración del Estado*, págs. 42-43.

<sup>12</sup> PIERRY ARRAU, Pedro, "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", en Revista de Derecho Público N° 59, enero-junio 1996.

puede, por ejemplo, considerarse que el mismo tipo de responsabilidad afecta a un servicio centralizado del Estado con aquella que afectaría a una empresa estatal, especialmente si esta, por expresa disposición constitucional, se rige en esta materia por el Código Civil, de eminente raigambre subjetiva.

No debe olvidarse que, conforme a lo dispuesto por los artículos 6°, inciso tercero, y 7°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, la responsabilidad que afecta a los órganos estatales que infringen los principios de supremacía constitucional y de legalidad, es aquella que establece la ley, razón por la cual debe estar en ella en cada caso que se presente.

En consecuencia, el alcance del artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política solo puede estar referido a la competencia de los tribunales para conocer principalmente de la acción reparatoria, sin que de ella se desprenda el tipo y los alcances de la responsabilidad misma.

No puede dejarse de señalar, al analizar la disposición en estudio, que el Fisco de Chile ha sostenido en forma reiterada que los actuales tribunales ordinarios carecen de jurisdicción para conocer de la acción reparatoria, pues se indica que al tener el carácter de contenciosa administrativa, su conocimiento corresponde a los tribunales que determine la ley. Se fundamenta que, en tanto no se dicte la ley o las leyes que determinen cuáles tribunales tendrán jurisdicción en lo contencioso administrativo, no es posible atribuir a los tribunales ordinarios, por vía puramente interpretativa, sin la existencia de ley sobre el particular, una jurisdicción residual para conocer de todo lo que no es civil o penal, ya que, según la Carta Fundamental, solo pueden tenerla aquellos órganos jurisdiccionales expresamente facultados por una norma legal habilitante, concreta y determinada.

Tal excepción de falta de jurisdicción ha sido rechazada permanentemente por la jurisprudencia, señalándose que "excepción hecha de aquellos tribunales especiales mencionados en la Constitución Política del Estado y también en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales Ordinarios de Justicia, a saber, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte y los Juzgados de Letras", considerándose inaceptables que se sostenga que materias como las de este tipo carezcan de tribunal que las conozcan y resuelvan, "dado el claro tenor del artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política del Estado, después de las modificaciones que a su texto se hiciera por la Ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989".

#### VI. LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO EN LA LEY N° 18.575, SOBRE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

En nuestro país, al redactarse el proyecto sobre la organización básica de la Administración Pública, conforme a lo ordenado por el artículo 38, inciso pri-

mero, de la Constitución Política de la República, se incorporó al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual, elaborado principalmente por el Consejo de Estado francés, referido en párrafos anteriores, pues se consideró que aseguraba un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. Se estimó que la solución francesa era considerablemente mejor que la adoptada por los países del sistema anglosajón, como igualmente era superior al sistema que hasta esa fecha se utilizaba en Chile, basado en la responsabilidad por el hecho ajeno, principalmente por aplicación del artículo 2.320 del Código Civil, y en la antigua distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

El establecimiento de tal forma de responsabilidad se concretó en lo que hoy es el artículo 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, donde se incorporaron, por primera vez en nuestra legislación de manera general, los conceptos de falta de servicio y falta personal, a los cuales se hacía una mención en el derogado artículo 62 del Decreto Ley N° 1.289, de 1975, antigua Ley de Municipalidades.

Se expresa en el citado artículo 44, aplicable solo a determinados órganos según disposición del artículo 18 de la misma ley, que "Los órganos de la Administración serán responsables por los daños que causen por falta de servicio. No obstante el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

La norma anterior es complementada por lo ordenado por el artículo 4° del mismo cuerpo legal, que establece el principio general de responsabilidad de la Administración del Estado al prescribir que esta será responsable por los daños que causen sus órganos en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

La doctrina y jurisprudencia chilenas también han discutido en diversas oportunidades el alcance de estas disposiciones, sin que exista un criterio unánime al respecto.

Así, Rolando Pantoja ha considerado a la falta de servicio dentro de la responsabilidad objetiva, al señalar que "la solución de derecho que dan al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado se basa en una teoría pública objetiva que se configura por el daño causado por los órganos administrativos con su actuar lícito o ilícito", no obstante reconocer más adelante la necesidad que se configure por la entidad "la falta de servicio".

En una posición distinta se encuentra el profesor Pierry, quien señala que la intención del legislador y la letra de la ley deben respetarse, y siempre deberá existir una falta de servicio para comprometer la responsabilidad del Estado. Agrega que el legislador tuvo particularmente en cuenta la necesidad de probar la culpa del servicio al establecer el sistema de la responsabilidad extracontractual. Para ello, cita el informe de la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales de fecha 6 de diciembre de

1983, dirigido al Presidente de la República, donde se menciona expresamente la necesidad de acreditar culpa o dolo de la Administración y, concretamente en lo que se refiere al actual artículo 44, expresa que se regula la responsabilidad "...causada por la falta de servicio público, entendida esta en los términos que se entiende por la doctrina administrativa".

La jurisprudencia de nuestros tribunales, desde el conocido fallo "Tirado con Municipalidad de La Reina", rol N° 3.558-77 del Cuarto Juzgado Civil de Santiago, estableció en forma más o menos reiterada que la responsabilidad por falta de servicio importaba la consagración de una responsabilidad objetiva<sup>13</sup>.

Sin embargo, en fallo reciente, nuestros tribunales superiores han establecido la doctrina contraria, esto es, que la falta de servicio no se funda exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, causalidad material, sino que ha exigido acreditar el mal funcionamiento del servicio. Así, la Corte de Apelaciones de Chillán, en fallo de 5 de noviembre de 1998, ha resuelto que la falta de servicio no puede asimilarse a la responsabilidad objetiva, toda vez que es preciso, según el razonamiento que sigue, que en el proceso se acredite en forma fehaciente la falta de servicio por parte, en este caso, del Fisco de Chile.

Así sostiene dicha sentencia, al confirmar la de primer grado, que "el efecto de la falta de servicio es comprometer la responsabilidad de la Administración, a condición de que haya un lazo de causalidad y un perjuicio" (Cons. 2°), agregando que "la ley no estableció la responsabilidad objetiva o a todo evento del Estado frente a los actos dañosos cometidos por los funcionarios públicos, sino la responsabilidad de los órganos de la administración por el daño que causen por su falta de servicio... institución muy distinta en su contenido y alcance a la responsabilidad objetiva, general y sin límites" (Cons. 4°), por lo que "corresponde a la demandante probar la falta de servicio, esto es, acreditar que el servicio prestado a través de funcionarios es deficiente o no ha existido, y que tal ineptitud o falta produjo determinados daños" (Cons. 5°).

Tal posición jurisprudencial, que consideramos se atiene más al marco constitucional que nos rige, abre un nuevo cauce a la interpretación fidedigna del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, toda vez que el administrado deberá probar en juicio la falta de servicio que le sirve de fundamento a la acción, no bastando acreditar única-

mente el vínculo causal y el daño para obtener las indemnizaciones que se reclaman, situación que sin duda provocará en el mediano plazo que se vuelva a replantear el problema de la responsabilidad del Estado por la diversidad de posturas que puedan surgir como consecuencia de la falta de claridad normativa.

#### VII. EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES TENDIENTES A OBTENER EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

No existiendo precepto expreso en el derecho administrativo chileno para regir lo concerniente al plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de su actuación legítima o ilegítima, se ha producido controversia al respecto, considerándose por algunos la imprescriptibilidad de la misma, mientras que otros recurren al Código Civil, el que sería aplicable en forma subsidiaria.

En efecto, de acuerdo a lo expuesto, los textos constitucionales y legales no permiten concluir la existencia de una responsabilidad especial, de derecho público, desligada del derecho común y respecto de la cual pudiera entenderse, en razón de esa naturaleza, una acción imprescriptible, sustraída al principio general de extinción de las acciones patrimoniales por el tiempo. Por el contrario, la insuficiencia de los textos constitucionales y legales indicados aparece en forma expresa en su remisión a la ley para la regulación de estas materias (art. 6° inciso tercero y art. 7° inciso tercero de la Constitución Política).

La institución de la prescripción es universal y de todos los tiempos respecto de acciones patrimoniales y descansa en la idea de protección de un valor jurídicamente importante para el derecho: la estabilidad y seguridad jurídicas. El ámbito de la prescripción extintiva se ha extendido siempre a las acciones administrativas y al derecho público, y no aparece excluida ni derogada por la Constitución. La doctrina en forma uniforme exige la declaración expresa de imprescriptibilidad de las acciones civiles. Las normas del Título XLII del Libro IV del Código Civil, que la consagran y, en especial, su Párrafo I, se han estimado siempre de general aplicación a todo el derecho y no solo al derecho privado. Entre esas normas está el artículo 2497 que manda aplicar las reglas de la prescripción a favor y en contra del Estado.

El destacado tratadista Rafael Sayagüez Laso, a este respecto, escribe: "Los fundamentos que justifican la prescripción hacen que el instituto tenga alcance general en todas las ramas del derecho. En Derecho Administrativo hay numerosos textos legales que para ciertas materias fijan prescripciones especiales, adquisitivas o extintivas. Pero en muchos casos faltan disposiciones expresas. Así ocurre -para citar dos de los más conocidos- con la prescripción de la responsabilidad de la Administración y la mayor parte de las multas fiscales. En esos casos, como

<sup>13</sup> El artículo 62 inciso segundo de la derogada Ley de Municipalidades (D.L. 1.289/76) prescribía: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente". Por eso, dicho fallo concluyó que "se consagra aquí la responsabilidad objetiva, en que el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de este, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la Corporación edilicia debió subsanar" (Considerando 15).

la imprescriptibilidad es inadmisibles, no queda otro camino que aplicar las normas de derecho administrativo que regulan situaciones semejantes o acudir a las prescripciones del Derecho Civil que rigen casos análogos, ya que las situaciones de hecho semejantes deben estar sometidas a las mismas soluciones jurídicas. De acuerdo a ese criterio interpretativo, admítase que la prescripción de la responsabilidad estatal por actos o hechos ilícitos prescribe en cuatro años". (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 584).

Los principios constitucionales de los actos de los órganos del Estado, contenidos en los artículos 6 y 7° de la Constitución Política, no establecen la imprescriptibilidad ni dan base para tal afirmación. Tampoco resultan incompatibles con la institución prescriptiva.

La aplicación de la prescripción no es un expediente de exoneración de la responsabilidad del Estado, una abusiva negación o desvirtuación de los deberes públicos, de protección de los derechos humanos, de negación al cumplimiento de tratados internacionales. El deber de protección y promoción de los derechos humanos no es incompatible con la prescripción, porque ella no los limita ni los desconoce. Solo es un límite necesario en el tiempo para el ejercicio de las acciones, el que es perfectamente posible dentro de un plazo considerable.

Consideramos que la prescripción que debería aplicarse en este caso sería la de cuatro años, establecida en el artículo 2332 del Código Civil. En subsidio, sería aplicable, por tratarse de una acción personal, la prescripción extintiva de 5 años del artículo 2515 del Código Civil.

#### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El panorama actual de la responsabilidad, como se ha visto, aparece configurado principalmente por un sistema extraído de la jurisprudencia francesa construido en base a la falta de servicio, pero que no excluye en caso alguno otro tipo de responsabilidad, ya sea de carácter objetivo o subjetivo, pues de acuerdo a los claros preceptos constitucionales ya mencionados, los órganos del Estado por su actuación quedan sometidos de manera directa y vinculante a lo que establece la ley, incluyéndose dentro de este sometimiento a la responsabilidad que les afecta por la infracción o contravención al sistema normativo vigente.

La falta de uniformidad en el sistema lleva necesariamente a estudiar cada caso particular para llegar a conclusiones más o menos categóricas sobre el sistema a aplicar, no pudiendo extraerse de la sola lectura del artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política un tipo determinado de responsabilidad, ya que tal norma solo ha tenido por objeto fijar la competencia de los tribunales para conocer de la acción reparatoria dentro del contencioso administrativo.

Finalmente, consideramos que a falta de normativa aplicable, resulta del todo necesario aplicar los principios, no las normas mismas, de la responsabilidad extracontractual contenidos en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, por cuanto el Estado es una persona jurídica capaz de delito o cuasidelito que a través de sus órganos puede provocar daños a los cuales estará obligado a indemnizar. Dentro de dichos principios debe incluirse necesariamente la prescripción de la acción y la situación de la víctima frente a la lesión que sufre.