

RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES

*Eduardo Soto Kloss**

Fallo muy reciente este que comentamos de la Corte Suprema, que rechaza una casación de fondo deducida por la demandante en proceso de responsabilidad municipal (artículo 152) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley n.° 18695).

*Sentencia rol n.° 18.807-2018
Arenera Price con Ilustre Municipalidad de Hualpén
Corte Suprema, 19 de agosto de 2019*

I. Texto de la sentencia

Santiago, 19 de agosto de 2019.

Vistos y teniendo presente:

En estos autos rol n.° 18.807-2018, iniciados ante el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, caratulados “Arenera Price Limitada con Municipalidad de Hualpén”, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 14 de junio de 2018, que confirmó la sentencia de primera instancia pronunciada el 25 de abril de 2017 que rechazó sin costas la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

En la especie, Arenera Price Limitada afirma ser una sociedad comercial cuyo objeto consiste en

“la extracción de arena y otros áridos, destinados a la construcción y fines similares; la comercialización, venta y distribución de estos productos, y los demás negocios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y que acuerden los socios”.

* Doctor en derecho, Universidad de París (Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidades Católica de Chile y Santo Tomás.

En ese contexto, tal extracción la realiza desde la ribera norte del río Biobío, en la comuna de Hualpén, accediendo por terrenos de su propiedad, y contando con todos los permisos y autorizaciones necesarios para ello, en especial la resolución de Calificación Ambiental n.º 29/09 y el permiso municipal concedido para extraer, en el periodo 2015-2016, 83 000 m³ de material anuales.

Refiere que, contrario a su situación, en el sector existen diversas empresas que se dedican a igual giro sin cumplir con las exigencias legales. Concretamente, hace mención a la Compañía Minera Tridente Limitada, Areneras Costanera Biobío, la Sociedad Arenera del Pacífico Limitada y Arenera Áridos El Boldal S.A., quienes, en común, contarían con permisos de extracción vencidos, mientras que algunas no habrían obtenido calificación ambiental ni factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas, omitiendo la Municipalidad cobrar patente por actividades complementarias, secundarias o terciarias, gravadas con dicho tributo.

Alega que tales irregularidades, constatadas por la Contraloría General de la República en su informe especial de 24 de diciembre de 2015, permiten afirmar que la Municipalidad de Hualpén no ha desplegado la conducta que la ley ordena en ejercicio de su facultad de control y supervigilancia de actividades ilícitas, incurriendo en falta de servicio al tolerar que las empresas cuestionadas se posicionen en una ilegal posición de privilegio que les permite cobrar un menor valor por igual producto que el ofrecido por la actora.

Precisa que todo lo anterior le produjo un perjuicio consistente en la venta de tan solo 20 023 m³ de material anuales, de los 83 000 m³ autorizados, siendo que hasta 2012 superaba con largueza aquel tope, avaluando este detrimento en \$326 183 200 y solicitando, además, que se repare el daño moral sufrido, a razón de \$50 000 000, al verse Arenera Price asociada de manera pública al desarrollo de una actividad ilícita, afectando su reputación o prestigio comercial.

Al contestar, la demandada solicitó el rechazo de la acción alegando haber subsanado todas y cada una las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República, iniciando gestiones de cobro de derechos y patentes, prohibiendo la extracción de áridos por parte de las empresas que no cuentan con autorización para ello, decretando la clausura de los establecimientos que no respetaron tal prohibición, y remitiendo los antecedentes al Ministerio Público para investigar criminalmente a quienes no acataron la clausura.

Esgrimió, acto seguido, la ausencia de falta de servicio en su conducta, ya que Arenera Price no puede ser considerada como usuaria, beneficiaria o destinataria del servicio público que alega no se habría prestado, tra-

tándose la fiscalización, por lo demás, de una facultad o prerrogativa que no puede entenderse como un “servicio” propiamente tal que deba ser prestado por la Municipalidad.

En suma, en cuanto a los perjuicios demandados por la actora, estima que se trata de una eventual pérdida de oportunidad o chance que no equivale al total de lo no percibido, atendido lo hipotético del detrimento.

La sentencia de primera instancia rechazó sin costas la demanda, teniendo en consideración para ello que no se invocó por la actora un servicio preciso, directo, concreto y determinado que la ley haya obligado a prestar a la Municipalidad demandada en relación con los hechos de autos, y cuya inobservancia haya producido, también de modo directo, los perjuicios que, siendo insuficiente para ello la mención a las funciones establecidas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, pues tales normas no tienen relación con la existencia de alguna “obligación” como aquella que se reputa infringida.

Por último, agrega que tampoco resulta suficiente para cumplir tal fin el informe especial de Contraloría, pues, insiste, para que se incurra en falta debe existir norma expresa que obligue a la demandada a prestar un determinado servicio y que esta carga se haya infringido, situación que no ocurre en el caso de marras.

La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia apelada, compartiendo expresamente el razonamiento del juez de primer grado, agregando que la ejecución de actos de fiscalización a una u otra empresa es una decisión “de mérito”, conforme a la políticas, programas y reglamentación del órgano municipal.

Respecto de esta decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que, en el único capítulo del recurso de nulidad sustancial, se acusa que los jueces de instancia han errado en la interpretación de los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en relación con el artículo 19 del *Código Civil*; y dejaron sin aplicación los artículos 1, 19 n.º 20 y 118 de la Constitución Política de la República, 36 de la Ley de Rentas Municipales, y 3º ter, 4, 10 y 54 de la Ley n.º 19300, todos en relación con el artículo 19 del *Código Civil*.

A tal conclusión arriba luego de afirmar que dichas normas establecen la competencia de la Municipalidad en material ambiental, de transporte, de administración de los bienes municipa-

les y de uso público, y de cobrar derechos por los permisos que se otorguen, imponiéndole, en consecuencia, el deber ineludible de fiscalizar, contrario a lo sostenido en la sentencia recurrida. Por ello, insiste que la Municipalidad de Hualpén ha incurrido en responsabilidad in vigilando al incumplir tal obligación.

SEGUNDO: Que, al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo la recurrente afirma que, de no haberse incurrido en ellos, la sentencia de primer grado debió ser revocada y la demanda acogida.

TERCERO: Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene recordar que, conforme lo concluye uniformemente la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte Suprema, la determinación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado requiere la verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos: Acción u omisión del órgano público demandado, imputabilidad subjetiva traducida en falta de servicio, la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, daño a la víctima y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

A su turno, aquel factor de imputabilidad subjetiva o falta de servicio se verificará cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

CUARTO: Que, como se puede apreciar, el esfuerzo argumentativo del recurrente se orienta a demostrar que, contrario a lo asentado en el fallo recurrido, la Municipalidad de Hualpén no ejecutó acciones fiscalizadoras (aserto que, en realidad, no ha sido objeto de controversia) encontrándose en la obligación legal de haberlo hecho, de manera tal que aquella omisión pueda ser considerada como falta de servicio, permitiendo el análisis de los demás requisitos para tener por configurada la responsabilidad civil extracontractual de la demandada.

QUINTO: Que, en este sentido, se ha dicho:

“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. Se trata pues de un deber de actuación en concreto. En el caso de las omisiones, se deberá señalar cuál es la acción que la Administración estaba obligada a ejecutar y que no ejecutó” (SCS de 31 de enero de 2019 en causa rol n.º 4.543-2018).

SEXTO: Que, como se lee del párrafo transcrito, 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 o agente llamado a hacerlo.

Tal conclusión guarda perfecta consonancia con aquella doctrina, seguida por esta Corte, que afirma que la responsabilidad civil extracontractual del Estado no es objetiva, ya que ello implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y su poder de imperio en su actuación legal, reduciéndolo a ser un mero intermediario de intereses particulares, y su actuación pasaría a revestir un carácter transaccional, al verse enfrentado a la necesidad de compensar por toda acción que perjudique a algún administrado.

SÉPTIMO: Que, reseñado lo anterior, incluso asumiendo la corrección del argumento del recurrente entendiendo que, en el caso concreto, la Municipalidad de Hualpén se encontraba frente al imperativo legal de ejecutar actos de fiscalización en aquellas materias que la ley ha puesto dentro de la esfera de su competencia, el estándar pretendido por el recurrente, consistente en el despliegue de todas las conductas necesarias para que sus competidores cumplan cabal y permanentemente con las exigencias comunes y sectoriales que la ley les impone y, así, evitar a todo evento distorsiones el precio de venta del producto que extraen, se aleja largamente de las posibilidades reales de actuación de la demandada.

En efecto, para lograr tal cometido la Municipalidad de Hualpén debería destinar a tiempo completo tantos funcionarios como fueran necesarios para, por ejemplo, controlar el peso de los camiones que constantemente entran y salen de las plantas de extracción y procesamiento de áridos; verificar en terreno la naturaleza de las actividades complementarias que cada empresa desarrolla, chequear que cada unidad extractiva cuente con las autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes, y que su conducta se ajuste —siempre— a los instrumentos aprobados por la autoridad, entre otras múltiples actividades de control omitidas, según subyace al argumento de la actora, quien siquiera ha satisfecho el mínimo deber de enumerar, con precisión y claridad, cuáles son las conductas concretas y determinadas que reprocha ignoradas.

OCTAVO: Que, por lo demás, bajo el difuso y cuestionable entendido que Arenera Price, en cuanto competidora de las unidades productivas incumplidoras, tenía un interés patrimonial compro-

metido y, por tanto, indirectamente era destinataria de la actividad de fiscalización municipal preterida, resultaba exigible, a su respecto, el haber desplegado una conducta mínimamente diligente para perseguir la corrección del quehacer de las demás empresas de rubro, deber que implicaba, por ejemplo, denunciar las irregularidades detectadas ante la propia Municipalidad y las demás reparticiones públicas que poseen competencia en cada una de las áreas cuestionadas, carga cuyo cumplimiento no fue suficientemente acreditado.

NOVENO: Que, de esta manera, incluso de dar por concurrente el yerro denunciado en el recurso de nulidad sustancial que se analiza, ha de afirmarse que este no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto la sentencia de primer grado igualmente debió ser confirmada por no concurrir, en el caso *sub judice*, falta de servicio.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del *Código de Procedimiento Civil*, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de tres de julio de dos mil dieciocho, en contra de la sentencia de catorce de junio de igual anualidad, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Se previene que el ministro Sr. Prado, concurriendo al rechazo del recurso de casación en el fondo, fue de parecer de precisar y hacer notar que la Municipalidad de Hualpén incurrió en una conducta manifiestamente ilegal al haber omitido deberes básicos impuestos por la ley, sin perjuicio que ello no constituya, necesariamente, falta de servicio, según los argumentos expuestos en el fallo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Barra y de la prevención su autor.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y los abogados integrantes Sr. Julio Pallavicini M. y Sr. Antonio Barra R.

II. Comentario

El caso confrontaba a Arenera Price Ltda. Con dicho municipio a raíz de los notorios perjuicios sufridos en su actividad de extracción de áridos desde la ribera norte del río Biobío, entidad que contaba con los permisos

tos municipales correspondientes incluido una resolución de calificación ambiental, para ejercerla en el periodo 2015-2016. Dichos perjuicios se derivaban de la “ausencia de fiscalización” de la demandada respecto de la actividad extractiva de esos áridos que realizaban en el lugar otras empresas (que en el libelo se mencionan) que no contaban con los indispensables permisos municipales para hacerlo y sin tener siquiera resoluciones de calificación ambiental o factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, y sin que la Municipalidad referida fiscalizara dichas conductas ilegales, impidiéndolas, y aplicando las multas que la ley indica, omisión tanto más ilícita puesto que esos áridos y esa actividad se encontraban en terrenos cuya administración corresponde a esa entidad edilicia.

La demandante deduce la acción de responsabilidad municipal por las pérdidas sufridas en razón de haber podido vender en el periodo comprendido en el respectivo permiso municipal solo veinte mil metros cúbicos anuales en circunstancias que estaba autorizada para extraer ochenta y tres mil metros cúbicos. Esto, debido a la intervención de entidades en el lugar que carecían de atribuciones para extraerlas.

Nuestro interés en comentar este fallo supremo incide solo en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y aquí de las municipalidades, tema que cuenta con una legislación expresamente establecida en la Ley n.º 18695, orgánica constitucional, como es su artículo hoy 152, cuyo texto transcribimos como gentileza para el lector: “Las municipalidades incurrirán en responsabilidades por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”¹.

1) Recordaremos –cosa que al parecer la Corte no hizo en este fallo– que esta disposición quedó bien esclarecida, luminosamente, diría, en la “historia fidedigna de su establecimiento” al declararse que esta responsabilidad municipal sigue el mismo criterio de las normas establecidas en la Ley n.º 18575, de 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, precedente (artículos 4 y 44), o sea, “plantea una responsabilidad objetiva”².

¹ Valga señalar que el D.L. 1289, de 14 de enero de 1976, estableció la nueva ley orgánica de municipios y administración comunal, en virtud del mandato del D.L. 575, de 13 de julio de 1974, sobre regionalización del país (artículo 29). En su título VII “Responsabilidad”, regulaba la responsabilidad de autoridades y funcionarios (artículo 61) y en su artículo 62 se refería a la responsabilidad civil (sic) de la Municipalidad, cuyo inciso 3º disponía: “La responsabilidad extracontractual (sic) 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”.

² Sesiones de la Cuarta Comisión Legislativa de la Honorable Junta de Gobierno, p. 74.

De allí que la afirmación de su considerando 3° según el cual uno de los requisitos para que proceda la responsabilidad municipal es la “impunitabilidad subjetiva, traducida en falta de servicio”, y entendida esta como “acción u omisión culpable o dolosa”, no pasa de ser más que una nueva “invención” suprema más. Ello insiste en el error de no comprender que el Estado y las municipalidades, como personas jurídicas que son, carecen de sustrato subjetivo, desde que son entes de ficción, como lo reconoce el *Código Civil* desde su dictación misma (artículo 545); al funcionario que actuó u omitió la actuación debida según la ley, sí se le podrá perseguir su responsabilidad y esta sí que es subjetiva, y deberá probarse su “culpabilidad”, pero no a una municipalidad, que no es “culpable” ni podría aplicársele el artículo 2314 del *Código Civil* desde que no podrá condenársele a “penas por el “delito” o “cuasidelito” cometido, como si se tratase de un delincuente.

La “falta de servicio” no es “culpa” ni “dolo” del organismo Municipalidad, como lo ha pretendido la Corte Suprema en soluciones afrancesadas –incluso, obsoletas hoy en la misma Francia, y desde hace décadas³– sino es “falta”, o sea, “ausencia”, “carencia”, propiamente una *omisión* de la prestación debida por la Administración, impuesta a ella por la ley que ha creado el organismo y lo ha dotado de “funciones” y ha conferido “potestades” (poderes/deberes) a determinados órganos de él para actuar satisfaciendo así las necesidades públicas para lo cual ha sido creado y se le ha dotado de funciones y de potestades a sus órganos con tal finalidad.

Hay que insistir una y otra vez –para persuadir a los endurecidos de corazón, más que de mente– en que la responsabilidad del Estado y los organismos de su Administración no es asunto de “dolo” o “culpa” en su actuar o inactividad, ello no pasa de ser un resabio civilista enteramente inaplicable en el derecho público chileno, en el cual, por una parte, la relación del Estado con los ciudadanos no es una relación conmutativa, ni se está en un plano de igualdad de equivalencia, sino de “proporción” y, por la otra, los organismos de la Administración del Estado, personas jurídicas, son entes de ficción, carentes de la posibilidad de incurrir en “culpabilidad”, que de suyo implica una estructura solo humana (razón que dirige a una voluntad libre). Hay una imposibilidad lógica, de racionalidad mínima, de aplicar conceptos humanos a lo que es una mera construcción intelectual, ficticia, carente de realidad natural⁴. Dice bien, en cambio,

³ Véase al respecto nuestro *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, pp. 843-854, especialmente pp. 845-851.

⁴ Gilbert Keith Chesterton, genial como pocos, decía “quitad lo natural y sólo queda lo antinatural”.

el fallo en el inciso segundo de este considerando 3° al expresar que la falta de servicio (que no es “factor de imputabilidad subjetiva”, como tan orondo se afirma), existe “cuando aquél [servicio] no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente”⁵. Pero no advierte dos cosas, a saber: una, que cuando un organismo de la Administración del Estado funciona “irregular o tardíamente” hay una evidente *omisión* pura y simple de la actuación legalmente debida impuesta por la ley como modo de satisfacer la necesidad pública que le ha sido encargada como obligación expresa y “obligación” jurídica, y que no ha cumplido, como es obvio, si actúa de modo irregular o de forma tardía. Y ello porque la ley le impone satisfacer esa necesidad pública real y efectivamente, de manera idónea, adecuada, proporcionada y, por supuesto, oportuna, lo que viene con claridad establecido no solo por la Constitución (artículos 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 19 n.° 2, entre otros), sino por la propia Ley de Bases de la Administración (Ley n.° 18575), artículo 3°, que parecieran soler olvidar y no tenerlo presente los funcionarios públicos (como también los jueces, incluidos los supremos) como se ve con tanta frecuencia en sus fallos.

Dicho artículo 3°, que es consecuencia positiva de su artículo 2°⁶, contiene expresas obligaciones/deberes jurídicas ineludibles para todo organismo estatal administrativo, entre las cuales están la “eficiencia”, la “eficacia” y la “responsabilidad”, en caso de daño producido en su actividad o inactividad, recordando siempre que “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana” (inicio del artículo 3° citado) y ello “con pleno respeto de los derechos de las personas” e, incluso, de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° inciso 2° de la Constitución)⁷. El fallo comentado tampoco advierte que la obligación de las municipalidades es satisfacer las necesidades públicas a su cargo, también *fiscalizando* el debido cumplimiento del derecho aplicable a las actividades que realizan los particulares en bienes municipales o cuya administración le está encargada como ocurre respecto de los bienes nacionales de uso público, como es el caso, “controlando” que esa

⁵ Utilizando la terminología francesa, sin saberlo tal vez, ya que son las expresiones que usa Paul DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, pp. 27-40.

⁶ El artículo 2° de la Ley n.° 18575 se refiere al “principio de juridicidad”, en sus dos primeras oraciones (en aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución) y en la tercera establece “Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

⁷ Y entre ellos uno que constituye uno de los fundamentos de la existencia misma del derecho, como modo de vida social en paz, como es el *nemine laedere* de los romanos (uno de los tres principios básicos de su derecho), es decir “no dañar a nadie”, porque ello es de suyo, *per se*, “contra Derecho” (*iniura*), o sea, “injusto”.

actividad de extracción de áridos sea llevada a cabo contándose con los ineludibles “permisos” (autorizaciones) municipales y el correspondiente pago de los “derechos municipales” (conforme al D.L. 3063, Ley de Rentas Municipales, artículo 36), y en caso que se efectúe esa extracción sin contar con ellos, impedir la “actividad ilícita” de aquellos que lo hacen en contravención a derecho, al margen de la ley e, incluso, sin atenerse a las disposiciones ambientales de la Ley n.º 19300, que le son aplicables, además de las multas correspondientes.

2) Aquí reside el *quid* del asunto debatido en este proceso y en que recayeron sentencias de primera y segunda instancia rechazando la demanda y casación en el fondo del demandante de igual modo rechazado. Ese rechazo de los tres tribunales se ha fundamentado en virtud de creer que no habría ninguna obligación municipal de fiscalizar la actividad de extracción de áridos y aun si se admitiera esa obligación jurídica hay que estarse a los “estándares” que es posible exigir a la demandada (véanse considerandos 6º y 7º del fallo supremo).

Hay aquí todo un tema para esclarecer la razón por la que se incurre en varios errores, que analizamos ahora.

- a) En efecto, *las Municipalidades sí tienen obligación de fiscalizar* las actividades que realizan los particulares en bienes nacionales de uso público, sean como “permisionarios”, como ocurre aquí, sean “concesionarios” expresamente la Ley n.º 18695 así lo dispone al expresar, por una parte que a las municipalidades les corresponde “administrar los bienes municipales y nacionales de uso público” (artículo 5º letra b) y, por la otra, dado que su artículo 36 incisos 1º y 2º permiten a las municipalidades otorgar “permisos” a particulares sobre dichos bienes, y por ello ha de cobrar sumas de dinero, sean “derechos”, o en otros casos, “patentes”. (D.L. 3063, de 1979) y el control de esta percepción está entregada de modo expreso a la unidad de Administración y Finanzas de la Municipalidad respectiva (artículo 27 letra b) n.º 7). Asimismo, a la unidad de control (artículo 29) le corresponde, en efecto, controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal (letra b), todo ello sin perjuicio de las atribuciones que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades confiere a la unidad del Ambiente, Aseo y Ornato (artículo 25) “aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna y que sean de su competencia” (letra e) y, por tanto, los artículos 3º ter, 4º, 10º y 54 de la Ley n.º 19300, sobre ambiente.

Más aún, ese *deber de fiscalización* se impone a la Municipalidad cuando se “denuncian” actividades ilegales de extraer ári-

dos de terrenos que toca su administración a ella, por quienes carecen de título jurídico para extraerlos al no contar con los actos administrativos de “permisos” indispensables para ello. Justamente ante esas denuncias corresponde a la autoridad municipal comprobar que la actividad que se ejecuta sea efectuada por quienes en verdad cuentan con los “permisos” respectivos y se haya cumplido con la legislación ambiental pertinente. Y ello, tanto más que la mismísima Contraloría General de la República había intervenido en el asunto –ante la inactividad de la Municipalidad– e informado, con fecha 24 de diciembre de 2015, comprobando las irregularidades existentes en la extracción referida por quienes no tenían derechos para hacerla.

Es clara, pues, una *omisión* de esa Municipalidad demandada en su obligación jurídica de fiscalizar la actividad que se realizaba en esos bienes nacionales de uso público, a fin de comprobar si su realización se efectuaba por quienes estaban autorizados conforme a derecho para ello, y de acuerdo a las normas municipales y ambientales pertinentes.

- b) Otra argumentación del todo inadmisibile del fallo, por ir en directo en contra la Constitución, es la que sostiene su considerando 6° en cuanto la responsabilidad del Estado estaría condicionada por “los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición o agente llamado a hacerlo”. Es decir, en buen romance, la “omisión antijurídica” en que incurre un organismo de la Administración del Estado que produce daño a un particular, víctima que se ve afectada en su “ser” (artículo 19 n.° 1 de la Constitución) o en su “tener” (artículo 19 n.° 24 ídem), no sería una “falta de servicio”, por contraria a derecho que fuere, si ese organismo no cuenta con los medios disponibles para satisfacer la necesidad pública que la ley le ha asignado en bien de las personas. Y entonces, una pregunta elemental, ¿para qué subsiste ese organismo si no puede cumplir la ley?

Tal barbaridad parece no haber sido meditada por la Corte Suprema por cuanto no se sostiene ni en lo más mínimo frente a la Constitución, y tampoco frente a la razón, y qué decir frente a la justicia que deben impartir...

En efecto, ello significa que una persona, un ciudadano, un usuario de servicio público, deberá padecer un daño antijurídico producido por un organismo de la Administración del Estado sin que pueda ser reparado, indemnizado, solo porque este or-

ganismo alega que no cuenta con los medios disponibles para actuar conforme a derecho, o sea, que no puede satisfacer las necesidades públicas puestas a su cargo por la ley.

Ello me recuerda un caso muy trágico, como es Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano⁸, acaecido en el hospital de Higuera un 2 de diciembre de 2008, en el que una madre joven acude a dar a luz a su segundo hijo y no obstante que por el peso de la guagua, de 4 700 gr. y tamaño de 58 cm, era obligada la intervención cesárea; en vez de realizar esta se esperó que pudiera producirse el alumbramiento de modo natural, tardanza en producir el parto significó que el niño sufriera una asfixia severa y, por ende, quedara “ciego, sordo, mudo, paralítico” y, además, con “epilepsia e hidrocefalia” (véase considerando 6° del fallo citado). La innegable negligencia médica quedó demostrada de modo fehaciente por el sumario ordenado por el hospital y el informe pericial del Servicio Médico Legal (considerando 9°).

Pues bien, ante la alegación de verdad insólita del Servicio de Salud demandado de no contar con los recursos necesarios y pretender por esa vía eximirse de toda responsabilidad ante el desaguisado mayúsculo producido, el tribunal de alzada establece con una sensatez digna de admiración hoy, 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 carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias en la distribución del Presupuesto Nacional” (considerando 13°, inciso final; redacción del fallo de la ministra Silvia Onetto Peirano)⁹.

⁸ Corte de Apelaciones de Concepción (2003), rol n.° 1703-2003, Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano (véase el comentario “Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003: responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, pp. 252-264). En la Corte Suprema se llegó a conciliación condenándose al Servicio demandado al pago de \$81 000 000 y a título de daño emergente se le condena a prestar atención al niño quedado inválido por una negligencia demasiado ostensible, a prestarle asistencia de salud, sea en establecimiento público, sea privado, mientras viva. El niño falleció a los once años de su nacimiento.

⁹ El inciso segundo de este considerando –valga señalarlo– establece: “Como ha quedado establecido la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Basta, por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad”. Criterio que se recordará quedó bien perfilado en Corte Suprema (1981), Tirado con Municipalidad de La Reina, considerando 4° (redacción Luis Cousiño Mac Iver), pp. 39-

Clarísima la argumentación de la sentencia referida y es que las pretendidas dificultades presupuestarias, deficiencias de organización, u otras, no pueden jamás constituirse en justificación válida para eximir de responsabilidad ante actuaciones u omisiones antijurídicas de un organismo de la Administración del Estado, y cargar a las víctimas de su mal funcionamiento. Esto, allá al inicio de la década de los años ochenta del siglo pasado, también la Corte Suprema lo tenía muy claro en Mitsui con Fisco¹⁰, cuyo considerando 11° es lapidario al respecto y no puede ser olvidado ni menos despreciado por los supremos de ahora, al establecer que las irregularidades producidas al interior de la Administración no pueden significar perjuicios a quien ha actuado conforme a la ley.

- (c) Ya a raíz de esta afirmación de justicia natural innegable es que puede señalarse que hablar de “estándar” o “estándares” es algo que no tiene asidero alguno en la Constitución y es más va directamente en su contra.

Decir 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”

es una nueva “invención” suprema porque ella viola disposiciones más que fundamentales del derecho constitucional chileno, como el artículo 1° inciso 4°

“El Estado [y sus organismos, también los administrativos] está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”

“con pleno respecto de los derechos de las personas)”, y su artículo 5° inciso 2° (los poderes atribuidos a los órganos del Estado “reconocen como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, siendo “deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución”...).

Y, ¿quién establecería esos estándares? ¿La propia Administración? La Administración carece de atribuciones jurídicas para así determinarlos. ¿La ley? Pero ¿cómo podría ella determinarlos sin

48, criterio, como advertimos, vigente tanto en 2003 a fines y también en 2007 en Guerra Girón con Servicio de Salud de Arica citado.

¹⁰ Corte Suprema (1981), rol n.º 15001, Mitsui con Fisco.

caer en una abierta inconstitucionalidad? ¿No se conoce, acaso, la disposición del artículo 19 n.º 2, la cual, como base fundamental del derecho, establece con gran claridad la igualdad ante y en el derecho, como un derecho principalísimo de toda persona en Chile? Valga recordarlo para que si un juez supremo lee este comentario lo tenga más en cuenta en el juzgar diario de su nobilísima función que ejerce: “La Constitución asegura a todas las personas: 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado...”, y su inciso 2º es lapidario: “Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias...”.

Y, ¡vaya qué diferencias habría que hacer! Si se atiende, *v.gr.*, a los Servicios de Salud o a las municipalidades (345) (como en el caso que comentamos), respecto de los medios disponibles con que cuentan y con la organización específica de cada uno de ellos incluido su personal. Imagínese si una persona/peatón, camina por la vereda de una calle y se cae quebrándose la cadera, o la nariz, o el tobillo, en razón de haber baldosas sueltas o desniveladas o simplemente quebradas, y la Municipalidad a cuya administración está encargada de la mantención de calles y veredas, como bienes nacionales de uso público que son, sostiene que carece de fondos para repararlas, o que no tiene los medios disponibles para hacerlo (sin embargo, tal vez, sus funcionarios gozan de bien provistas horas extraordinarias para lo cual sí su presupuesto cuenta con fondos, o van a “cursos” a Punta Cana, Varadero, o aun a la llamada Costa Brava...), y le aplicaran ese pretendido estándar promovido por el fallo supremo que comentamos, resulta que no toda infracción a la ley, conducta u omisión antijurídica, se puede considerar “falta de servicio” y, por lo tanto, se rechazará la demanda deducida a raíz de esa evidente omisión contraria a Derecho de la Municipalidad demandada. Pero si el mismo accidente ocurre en una comuna/municipalidad vecina o cercana, que sí tiene bien dispuestos los medios para funcionar conforme a derecho, la Corte Suprema sí la condenará. Ello es un atentado más que escandaloso a la igualdad ante la ley y el derecho y al derecho fundamental que toda persona tiene y que la Constitución reconoce expresamente, garantiza y protege. Además, no puede soslayarse que ese predicamento supremo es aplicación lisa y llana de “la justicia de clase”, de típica extracción marxista leninista, en realidad, “colado” de modo insólito en la tercera sala suprema, y que no tiene asidero alguno en la Constitución. Ello en Chile es inaceptable y hay que

decirlo con claridad y firmeza, porque ello significa que ante la justicia y los tribunales hay personas o grupos privilegiados lo que el inciso 1° del n.° 2 del artículo 19 proscribire con absoluta decisión y, de manera rotunda, al disponer “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. La aplicación de ese artificio de los “estándares” implica que se acepta en nuestro derecho público que hay ciudadanos de primera, segunda, tercera, etc. categoría, frente a las municipalidades (y a todos los organismos administrativos del Estado) según estos sostengan que tienen o no tienen medios disponibles para administrar sus comunas, cuya finalidad es procurar el bien de las personas que viven o transitan por sus calles, plazas, y demás bienes nacionales de uso público puestos a su cargo.

- d) Pero hay más aún: otra infracción se da en esta interpretación que inventa la Corte Suprema porque ella supone un planteamiento que la Constitución no contempla ni en tiempo remoto.

La responsabilidad por los daños producidos por los organismos de la Administración del Estado a las personas, responsabilidad que la Constitución establece expresamente en sus artículos 6, inciso 3°, 7 inciso 3° y 38 inciso 2°¹¹, no admite restricción alguna que impida que una víctima de esos daños sea indemnizada de modo integral y como es debido, si ese actuar de la Administración o su inactividad, es antijurídico, contrario a derecho. La responsabilidad del Estado, y en su función administrativa en este caso, surge cuando ese daño que sus órganos administrativos ocasionan se produce en violación de la Constitución (“infracción” dice el artículo 6° inciso 3°, “contravención” dice el artículo 7° inciso 3° y “lesión” (afectación de un derecho fundamental) dice el artículo 38 inciso 2°), vulneración, además, porque contraviene, la propia Ley n.° 18575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (artículos 2° y 4°), desde que su artículo 3° impone a todo órgano administrativo del Estado un actuar eficaz, eficiente, racional, idóneo y proporcionado, que es todo lo contrario de producir daños a los particulares.

No admite restricción alguna, como bien lo decía en 1981 la Corte Suprema en *Mitsui Chilena Comercial Ltda. con Fisco*

¹¹ A pesar del intento delirante de algunos fallos que han sostenido que no la contempla, como el tristemente conocido Corte Suprema (2002), *Domic Bezic con Fisco* pp. 126-154, con comentario nuestro.

(según lo referíamos en apartado b) precedente), puesto que es de una enorme desfachatez que los errores (desidia, negligencia, torpeza o ignorancia) de la Administración pretenda esta que los “pague” la víctima de ellos con una alegación tan ligera y vacía de racionalidad como que no tiene los medios disponibles para satisfacer las necesidades públicas para lo cual en efecto la ley los ha creado; si no poseen esos medios, suprimase el organismo o, bien, “concédase la prestación del servicio” a los particulares que sí pueden hacerlo y de manera eficiente, conforme a una regulación de concesiones de servicio público.

No cabe, entonces, sostener, en modo alguno, en nuestro ordenamiento constitucional, que las actuaciones de los organismos de la Administración del Estado ilícitas dañosas para los particulares, no constituyan *per se* “falta de servicio”, porque el no actuar de ellos para satisfacer una necesidad pública teniendo el deber jurídico de hacerlo, *es de suyo* una violación de la Constitución (artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2°), ya que esos organismos han sido creados y existen para procurar esa satisfacción, sus órganos han sido atribuidos de potestades para ello y los funcionarios que los integran ha sido designados para concretar aquella satisfacción y se les remunera para que presten tal servicio, y más aún cuando se les requiere expresamente para ello sea por los usuarios, sea por los “permisionarios” de bienes nacionales de uso público, como en este caso comentado.

Lo que ocurre, o tal vez puede ocurrir, es un gran desconocimiento de nuestro derecho público en especial, la aplicación concreta de las disposiciones constitucionales en defensa de los derechos de las personas y la carencia de profundidad en ello, lo que suele ser suplido “inventando” soluciones (o copiándolas del extranjero/los fatídicos “injertos extranjerizantes”), que se alejan de la Constitución violándola sin rubor. A menos que la situación sea aún peor (cosa que con sinceridad no creemos), que tan solo, se prescindiera de la Constitución por razones ideológicas contrapuestas o sin llegar todavía a ello, siguen anclados en una visión del Estado que más parece del tiempo de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Georg Hegel, Karl Marx o Antonio Gramsci, visión totalitaria que hoy solo atrae a trasnochados que adoran a la diosa “violencia”...

Y pareciera no ser tan lejano ese pensamiento al de la época pre 1789, o 1789 y pos 1789, en Francia, estatismo que en lo jurídico afloró en Chile hacia la década de los años treinta del siglo pasado, y que nos recuerda, por lo dicho en el considerando 6° de este fallo que comentamos, en el cual resulta clara esa visión, al confundir lo que es propiamente la responsabilidad llamada objetiva, ya que sostiene que esta, en su apli-

cación –interpretándola erróneamente– “implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y de su poder de imperio en su actuación legal”, hablando incluso de “perjuicios” “a algún administrado”...

Lo dicho es un lenguaje típico de hace setenta a noventa años en Chile, con otra Constitución y con un Estado omnipotente¹² que no consideraba a las personas que lo componían como “ciudadanos”, sino como “administrados”, o sea, “súbditos”, de un poder estatal que se impone a ellos como si fuesen siervos o esclavos, como “cosas”, que son las que se administran... Insólito resulta este lenguaje en la pluma de jueces supremos hoy, lenguaje propio de monarquías absolutas o totalitarias, tipo leninistas o castristas, y sin que adviertan que las personas “se gobiernan”, puesto que son seres racionales y dotados de una dignidad ontológica que les es intrínseca.

Pero más deleznable aparece que se hable del “Estado y su soberanía” y de “su poder de imperio” para no reconocer la responsabilidad municipal frente a daños producidos a particulares por su evidente omisión de fiscalizar, sin advertir que la propia Constitución establece clarísimamente que

“el ejercicio de la soberanía *reconoce como limitación* el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución... [cursivas nuestras]. Y cómo no va a ser así si los poderes jurídicos de que están dotados los órganos del Estado son atribuidos por la Constitución y por las leyes dictadas en conformidad a ella; esto es, no son inherentes sino conferidos y, además, son ‘expresamente’ (artículo 7° inciso 2°) tasados, delimitados, acotados, no teniendo otros poderes que aquellos que ‘expresamente’ les hayan sido atribuidos, y ni siquiera otros, ‘ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias’ (expresión que viene de la Constitución de 1833, artículo 160), porque incluso en dichas circunstancias también se encuentran esos poderes expresamente conferidos, tasados, delimitados y bien acotados” (capítulo IV, párrafo 4°, artículos 39-45).

Al terminar, no podemos menos que señalar que este caso Arenera Price Ltda. Con Municipalidad de Hualpén podía haber sido una excelente ocasión de reiterar que también la “omisión” de la obligación jurídica de “fiscalizar” que les es impuesta a las municipalidades por la ley (y

¹² Recuérdese que no había posibilidad de impugnar de “nulidad” los actos de la Administración por cuanto la Corte Suprema, interpretando de modo totalmente inexplicable el artículo 87 de la Constitución de 1925, se inhibió de su conocimiento porque esta habría entregado la competencia de ello a los “tribunales administrativos”, que no existían ni existieron nunca bajo su vigencia.

Ley Orgánica Constitucional) omisión antijurídica que produce daño a las personas que se relacionan con ellas (vecino, usuario, permisionario, concesionario u otros), origina las responsabilidades de ellas, conforme lo establece el artículo 152 de dicha Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, tal como en otras ocasiones lo ha reconocido expresamente la misma Corte Suprema¹³.

III. Bibliografía

- DUEZ, Paul, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Sirey, Paris, 1938.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003: responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, en *Ius Publicum*, n.º 12, Santiago, 2004.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.

IV. JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2003), rol n.º 1703-2003, Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano, 18 de diciembre de 2003.
- CORTE SUPREMA (1981), Mitsui con Fisco, 16 de junio de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, r.78/1981.
- CORTE SUPREMA (1981), *Tirado con Municipalidad de la Reina*, 24 de marzo de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, Santiago, 1981.
- CORTE SUPREMA (2002), Domic Bezic con Fisco, 15 de mayo de 2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 99, Santiago, 2002.
- CORTE SUPREMA (2007), Guerra Girón con Servicio de Salud de Arica, 30 de mayo de 2007, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 1, Santiago, 2007.

¹³ Véase sobre responsabilidad de las municipalidades nuestro *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 869-907, y en cuanto se refiere a daños producidos por su omisión (falta de servicio) de fiscalizar, pp. 883-885. Respecto del caso “Arenera Price” que hemos comentado, debo dejar expresa constancia para evitar malos entendimientos, que somos ajenos a ambas partes que originaron este contencioso, y solo nos ha guiado –como siempre lo hemos hecho desde hace cerca de cuarenta años (cuyos inicios se remontan allá por 1980 con la recién creada Sección Quinta de la Segunda Parte de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*)– iluminar, en la medida de nuestros conocimientos, la mejor comprensión de la disciplina del derecho administrativo chileno, tratando que los fallos de los tribunales de justicia no solo se adecúen a la Constitución, sino, también, apegándose a ella, concreten la justicia en el caso específico que deciden, que es su función básica y primordial, pues para ello existen y son pieza fundamentalísima de la convivencia social en paz de una comunidad política.