JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Carlos Gabriel Veloso Schlie¹

**“AGURTO BASTÍAS, MARCELA Y OTROS contra FISCO
DE CHILE”**

**Corte Suprema, Juicio ordinario de indemnización por falta
de servicio, Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, Rol
Ingreso Corte N° 31.058-2016.**

I.- Antecedentes

El terremoto y posterior maremoto del 27 de febrero de 2010 tuvo como primera gran consecuencia más de 500 víctimas fatales. Develó también una miseria social y una ausencia de empatía y caridad que se evidenció en hurtos y saqueos, lo que a su turno provocó demandas por falta de servicio, fundadas especialmente en la falta de vigilancia y custodia policial. Una última consecuencia que también se tradujo en acciones judiciales de indemnización al Fisco, se fundó en acciones, de una parte y omisiones de otra, que el Estado o sus agentes habrían realizado o no, y que, como resultado, se tradujo en daños a sus bienes, en especial a inmuebles.

1 **CARLOS GABRIEL VELOSO SCHLIE.** Abogado de la Procuraduría Fiscal de Concepción del Consejo de Defensa del Estado.

II.- La Demanda

Ante el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción demandaron 278 personas quienes se identifican como residentes del Parque Residencial Las Salinas, un conjunto habitacional ubicado en la comuna de Talcahuano, a un costado de calle Colón, prácticamente en el acceso a la ciudad del mismo nombre, donde existe un canal (Ifarle) que rodea uno de sus límites y emplazado en el borde costero de la llamada Bahía de Concepción, a unos 500 metros de la línea de mar.

La demanda describe los terrenos donde se emplazan las viviendas como “mal asentados”, acusan mala ubicación, humedad, deficiente compactación y afectos a eventuales subidas y avenidas del Canal, inexistencia de protección y de muros de contención para prevenir maremotos. Con ocasión del terremoto, acusaron que debieron dejar sus viviendas, que no se dotó de “acervo cultural sísmico” a los habitantes del lugar y, finalmente, una falta de coordinación de los servicios del Estado con posterioridad al terremoto.

En este marco se cuestionó la actuación del Servicio de la Vivienda y Urbanismo, en cuanto planificación habitacional y se reprochó a la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), al Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (SHOA) y también al Municipio de Talcahuano su actuar post terremoto, denunciando una falta coordinación de los distintos servicios.

Con relación a los daños, argumentaron que el lodo putrefacto que invadió sus viviendas, produjo deterioro en su calidad de vida y afectó su valor comercial, por lo que pedían la suma de \$ 15.000.000, para cada demandante.

III.- La Defensa Fiscal

El Fisco opuso las excepciones de falta de legitimidad activa, cuestionando el que algunos actores-residentes no eran propietarios, excepción que a la postre prosperó; de legitimación pasiva, pues es tarea del municipio respectivo, elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo, como también aplicar las disposiciones sobre urbanización y construcción, en base a las normas técnicas de carácter general que determina el Ministerio. También fue opuesta la prescripción, toda vez que el emplazamiento del denominado Parque Residencial posee una data del año 1999, por lo que, de acuerdo al artículo 2332 del Código Civil, la acción en cuanto dice relación con el emplazamiento de las viviendas en el lugar, los problemas de humedad y compactación que se acusaban, estaban prescritos.

Negamos la existencia de falta de servicio y cuestionamos el hecho que, a más de 10 años de antigüedad de las viviendas, se imputara la aparición de daños a supuestas omisiones en su emplazamiento. Fue analizado el régimen de responsabilidad y en especial, la necesidad de definir los estándares exigidos a la administración, como el considerar las posibilidades reales de reacción, con especial énfasis en las circunstancias de tiempo, lugar y cargas del servicio.

La prueba de los actores se orientó, en parte, a acreditar el dominio de los inmuebles la que no fue completa, provocando que se acogiera parcialmente la falta de legitimación activa. De otra parte, a acreditar el daño material en las viviendas.

El Fisco acreditó que no existió falta de servicio en el asentamiento en la actual zona geográfica del Parque Residencial Las Salinas de la ciudad de Talcahuano y que las viviendas fueron construidas con sujeción a las normas legales (Ley General de Urbanismo y Construcciones) y reglamentarias.

Igualmente, que en el sector aludido no hubo pérdida de vidas ni resultó nadie herido con ocasión del maremoto y que, sin perjuicio de ello,

constituye un hecho que se prueba por sí solo, el que cualquier sector del planeta que se encuentre cercano al mar, está sujeto a la eventualidad de una crecida de mar, sin necesidad de que ello requiera de una explicación, información o aviso previo. Aun así, se acreditó que el Estado efectuó labores preventivas destinadas a evitar los efectos de un terremoto como de un maremoto, mediante la entrega de cartillas informativas y charlas en el sector, justo en los meses previos al cataclismo.

IV. La Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia rechazó la excepción de prescripción, pues estimó que las imputaciones por falta de servicio de los demandantes, constitutivas de acciones y omisiones, se manifestaron en un acto final que produjo daño, cual es, el terremoto y maremoto del 27 de febrero de 2010, por lo que no es posible computar el plazo desde la entrega de las viviendas.

Sobre la falta de servicio la sentencia hizo suyo el argumento expuesto por el Fisco en orden a que las imputaciones, lo son en un contexto de considerar al Estado de Chile garante de su seguridad, salud y bienestar, en el cual se precisa determinar cuáles son los deberes del Estado a partir de la normativa, las circunstancias y las funciones que los órganos públicos deben cumplir, asimismo, que se precisa determinar el estándar que le es exigible, contexto en el cual reconoce que los recursos con que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus fines constitucionales y legales, generales y específicos, no son ilimitados y que eventos como terremotos, inundaciones o tsunamis, si bien existe la probabilidad cierta de acontecer en un país sísmico como el nuestro, ellos son sucesos que se repiten sólo en intervalos largos de tiempo, por ende, requieren de una política pública de excepción como una institucionalidad también de excepción.

En tal sentido, las decisiones de la Administración del Estado en la priorización de los recursos para hacer frente a sucesos

catastróficos, no puede cuestionarlas el tribunal, considerando las muchas otras necesidades que deben ser satisfechas; y, que no existió infracción normativa, cuando un órgano que forma parte de la Administración, sea el Ministerio de Vivienda o Urbanismo o el Municipio, dentro de las facultades legales que le otorga el ordenamiento jurídico, define ciertos lugares de su comuna, como el borde costero, con aptitudes de asentamiento humano y habitacional. Finalmente, que no podía afirmarse, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.

De otra parte, reconoció las acciones realizadas en cuanto protección de la población civil, referente a la entrega de información escrita y charlas en Colegios y Juntas de vecinos, todas realizadas en el año 2009 y hasta el mes de febrero de 2010 (antes del terremoto) sobre las áreas de riesgo y conductas de la población, incluyendo información sobre el riesgo y vulnerabilidad en la que se encontraban los habitantes del borde costero.

Finalmente, reconoció también que en una situación de emergencia las respuestas estatales son siempre limitadas y no siempre pueden considerar todos los factores o elementos en juego, puesto que la falta de claridad en la información o la rapidez con que algunas decisiones deben adoptarse impide un análisis más reflexivo de las opciones con que se cuenta.

La demanda, en consecuencia fue rechazada en su totalidad.

V.- Los Recursos y su resultado

Apelada que fuera la sentencia, la I. Corte de Concepción con fecha 4 de marzo de 2016, la confirmó por unanimidad y expresamente hizo suyos los argumentos vertidos en lo relativo a la ausencia de falta de servicio.

Sin embargo y con un voto disidente, acogió también la excepción de prescripción refiriéndose a dos sentencias anteriores de la Corte Suprema en la materia.² Así, declaró que el plazo de prescripción se cuenta desde el acto y no desde la producción del daño si ambos no son coetáneos, en base a lo que dispone el artículo 2332 del Código Civil y que la *tesis que postula que: “... el plazo de prescripción debe contarse desde que se tuvo noticia del daño cuando es posterior a la comisión del hecho ilícito que lo causa no resulta en la especie aceptable, porque además de desatender el tenor literal de la disposición en cuestión podría importar la imprescriptibilidad de las acciones por responsabilidad extracontractual, lo que desde luego resulta improcedente y atentatorio a la seguridad jurídica que inspira la institución de la prescripción.*

La sentencia fue recurrida de casación en la forma y fondo y, la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de 5 de septiembre de 2016, declaró inadmisibles por manifiesta falta de fundamento, ambos recursos.

Del relato anterior, tres son los temas que hemos optado abordar:

1.- Sobre la falta de servicio

Los tribunales han señalado en forma reiterada que la fórmula o figura de la “falta de servicio” que por mandato legal puede ser fuente generadora de la responsabilidad del Estado tiene lugar cuando los órganos o agentes estatales

2 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de junio de 2014, Rol N° 6.141-2013 y sentencia de 27 de mayo de 2015. Rol N° 2.881-2015.

no actúan debiendo hacerlo o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando en uno u otro caso, un daño a los usuarios del respectivo servicio público.³

Esta fórmula no puede confundirse con el deber ser de las funciones del Estado, lo cual puede llevarnos a un espectro ilimitado de situaciones que bordeen la responsabilidad objetiva, teoría por hoy superada y excepcional en nuestro ordenamiento.

Los amplios mandatos constitucionales de protección, resguardo y similares que la Constitución Política establece en su Capítulo I se encuentran en el deber ser de las funciones estatales, las que precisan para cada servicio una definición a fin de evitar llevarnos al absurdo de considerar, por ejemplo, la existencia de un gendarme para cada interno que se encuentra privado de libertad a fin de prever y evitar las agresiones o riñas en un recinto carcelario, o de un funcionario policial en cada esquina de una ciudad, para evitar un accidente o prever la comisión de un ilícito.

Luego, la acción de los órganos del Estado, para que sea procedente una indemnización, precisa una determinación del “servicio” en concreto, habida consideración de las circunstancias de tiempo, lugar y medios con que éste cuenta para cumplir sus labores específicas. Ello sin considerar una necesaria relación de causalidad, fundada en un criterio de previsibilidad, pues la causa del daño será únicamente la condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, sea idónea para así producir un resultado o que debería normal o regularmente producirlo.

3 Corte Suprema, sentencia de 30 de abril de 2003, Gaceta Jurídica N° 274, página 59; Corte Suprema, sentencia de 15 de septiembre de 2003, Gaceta Jurídica N° 279, página 79; Corte Suprema, sentencia de 25 de abril de 2006, Rol N° 5.826-2005.

Sobre este punto alegamos en su oportunidad la necesaria definición de los límites a la falta de servicio y recurrimos para ello a reconocidos tratadistas en la materia, por ejemplo al profesor de Derecho Administrativo y ex Presidente de la República, Señor **Patricio Aylwin Azócar**: “*La noción de falta de servicio es autónoma, en cuanto se aparta de las ideas de culpa o dolo del Derecho Civil; tiene un carácter anónimo, en cuanto se atribuye al servicio en sí mismo y no está ligada a la falta de un funcionario determinado, y es flexible, en cuanto supone siempre cierto grado de defectuosidad que el tribunal aprecia en cada caso.*”⁴

Igualmente don **Enrique Barros Bourie**, cuando señala: “*c) De distinta naturaleza es la pregunta por el nivel de servicio que debe ser prestado por el órgano sobre el cual recae la respectiva función. Como en el caso de la culpa (supra N°58), es inevitable que la calificación de ese nivel de servicio esté dada por consideraciones pragmáticas que consideran factores como la magnitud de los riesgos y el costo de establecer una medida de precaución eficiente. Pero también está dado por las convenciones que rigen en el tiempo y lugar acerca de lo que resulta exigible de la Administración como un servicio normal, atendida la riqueza relativa y las prácticas en la materia.*”⁵

En este caso, fue particularmente abordado el punto en cuanto a la imposibilidad de evaluar la función realizada por determinados servicios públicos, sobre las acciones realizadas, hayan sido coetáneas o post terremoto, bajo la perspectiva de un estado normal de funcionamiento; asimismo, la inexistencia de falta de servicio cuando éste actúa bajo el paraguas normativo como ocurrió con la planificación urbana y la autorización para construir bajo ciertas parámetros en zonas inundables.

En estrados y sobre el primer punto fueron traídas a colación dos causas, **ambas con sentencia favorable, de esta misma Procuraduría** y, con especial énfasis en los límites, fue referido el Mensaje que la Presidente Michelle Bachelet Jeria señalara para el proyecto de Ley N° 20.304, sobre

4 Moción presentada sobre el tema en la Cuarta Conferencia Interamericana de Abogados, publicada en el Tomo 43 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

5 *Barros Bourie, Enrique*. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, páginas 510–511.

operación de los embalses frente a alertas y emergencias de crecidas, dictada con ocasión de las inundaciones ocurridas en el mes de julio del año 2006, oportunidad en que lamentamos la pérdida de vidas humanas.

El mensaje señala: *“Es imposible concebir la construcción de obras de infraestructura de tal magnitud que impidan que el agua corra por las cuencas. Cualquier obra hidráulica que se diseñe, siempre tendrá una capacidad limitada, y nunca podrá evitar las inundaciones. Eso no es posible en ningún lugar del mundo, por muchos recursos de que se disponga. Las inundaciones que vemos en países tan desarrollados como Estados Unidos, nos demuestran esta cruel realidad: los fenómenos de la naturaleza algunas veces se pueden manejar, pero, frente a eventos extremos, sólo nos queda observar. Sin embargo, eso no quiere decir que no se pueda hacer nada”*.

Lo anterior, en directa relación con las políticas que el gobierno ha de adoptar para satisfacer aquellas necesidades prioritarias y que se encuadran en las facultades que el Presidente y demás autoridades ejercen en conformidad al artículo 7, inciso 2º, de la Constitución Política del Estado.

La I. Corte de Concepción confirmó en esta parte la decisión del juez de la instancia, de cuya sentencia reproducimos especialmente parte del **CONSIDERANDO VIGESIMOSEXTO**, que reza. *“En este escenario de destrucción masiva donde ha debido desenvolverse la actividad administrativa, no puede configurarse como una falta de servicio, la falta de información en las primeras horas o la escasa reacción post terremoto o maremoto, puesto que las limitaciones referidas, no pueden significar el respeto de un estándar de reacción eficiente como el que pretenden los actores”*.

Sobre la calidad del suelo, el **CONSIDERANDO VIGESIMOSÉPTIMO**, que señala: *“En este caso, era precisamente necesario conocer la calidad del terreno antes y luego del terremoto y maremoto, puesto que si los fenómenos de licuefacción en los terrenos son posteriores a la catástrofe, ellos no tienen sino como explicación dicho evento, que ha de configurarse como caso fortuito y no una falta de servicio del órgano demandado.”*

Finalmente, el **VIGESIMOCTAVO** que agrega: “*El desastre natural impide por lo demás, que este tribunal califique el obrar de la administración dentro de un estándar normal de funcionamiento y con ello responsabilizarla de los hechos que se le imputan en esta demanda*”.

Esta sentencia también aborda el punto de no poder configurar una falta servicio cuando éste actúa dentro de sus facultades con referencia a la aprobación de la planificación en cuanto a sectores posibles para emplazamiento de viviendas en el Concepcion metropolitano y que la E. Corte Suprema, en su declaración de inadmisibilidad, reitera no poder modificar por tratarse de un punto que quedó asentado en la primera instancia.

2.- Sobre la prescripción

En cambio, tratándose de este punto, la decisión fue diversa pues el tribunal de la instancia rechazó la excepción estimando que el plazo de prescripción debía contabilizarse desde el acto final, constitutivo del daño.

A su turno, la I. Corte de Concepcion revocó en esta parte la sentencia anterior, acogió por mayoría la excepción y declaró exactamente lo contrario reproduciendo otra sentencia del más alto tribunal. En efecto en el Considerando **Noveno** señaló: “...por cuanto el término a que se refiere el artículo 2332 se cuenta desde la perpetración del acto, expresión que supone la realización de una actuación u omisión que provoca el perjuicio, no pudiendo confundirse el acto con los efectos del mismo, de modo que el momento inicial de dicho cómputo está determinado por el día en que se cometió el hecho doloso o culpable y no desde que aquél produjo el daño, si éste y el hecho no son simultáneos”⁶.

La Excma. Corte Suprema, en su sentencia de inadmisibilidad, esboza “parcialmente” un criterio distinto en la materia al asumido por

6 Corte Suprema, sentencia de 23 de junio de 2014, Rol N° 6.141-2013; y Corte Suprema, sentencia de 27 de mayo de 2015, Rol N° 2.881-2015.

la Corte de Concepción cuando señala: **“Décimo Sexto:** *Que lo anterior torna inoficioso el análisis sobre la vigencia o no de la acción deducida por cuanto, aunque coincidiera esta Corte con la postura de los demandantes, en orden a que ella no se encuentra prescrita, igualmente la circunstancia de no configurarse los presupuestos fácticos para estimar que exista una falta de servicio, no ha sido desvirtuada.*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que los mismos demandantes reconocen que la zona residencial donde ocurrieron los hechos se viene conformando desde el año 1999, habiéndose acompañado en la causa los permisos de edificación y recepciones municipales correspondientes al Megaloteo Las Salinas – rolantes a fojas 484 y siguientes – la última de las cuales tuvo lugar el 30 de diciembre de 2003, de manera que a la fecha de notificación de la demanda habían transcurrido sobradamente los cuatro años que regula el artículo 2332 del Código Civil, para reclamar, a lo menos, lo relativo a las características del suelo, el emplazamiento de los edificios y a la entrega de información previa cuya omisión reprocha la demanda”.

Afirmamos, “parcialmente” pues, más allá de la exigencia del daño para hacer procedente la responsabilidad extracontractual asume que para los aspectos relativos a las características del suelo donde se emplazaron las viviendas y la entrega de información previa cuya omisión se reprocha, el plazo está prescrito.

Por lo mismo, es que consideramos pertinente referirnos a otra sentencia, dictada por la misma Corte de Concepción (con distinta integración) sobre la misma materia, se trata de una demanda incoada por otros propietarios por similar causa, esto es, los daños producidos a consecuencia del mismo maremoto.⁷

La Corte aquí señaló: **“17.-** *Que en relación a que el plazo de prescripción se cuenta desde la producción del daño en doctrina el profesor Ramón*

7 “Gatica Mancilla, Mónica del Tránsito y otros contra Municipalidad de Talcahuano y Fisco de Chile”, Rol C-9098-2012, Segundo Juzgado Civil de Concepción; Rol N° 518-2016, Corte de Apelaciones de Concepción; Rol N° 31.757-2017, Corte Suprema.

*Domínguez Águila sostiene que “el acto es ilícito porque daña, de forma que el perjuicio es elemento o más bien condición de la responsabilidad y no tendría sentido calificar de ilícito un acto, aunque en él concurra culpa o dolo, si no hay daño producido, al menos desde el punto de vista civil. De esta forma, entendemos que lo que el artículo 2332 pretende es contar la prescripción desde que se produce el daño ilícito y ése es el sentido que tiene la “perpetración del acto”.*⁸

18.- *Que sobre la materia la Excma. Corte Suprema ha resuelto que “El momento inicial, desde el cual comienza a correr la prescripción especial de corto tiempo establecida en el artículo 2332 del Código Civil, es aquél en que se produjo el daño consecuencial a la realización por parte del autor de un delito o cuasidelito” (Corte Suprema. 01 de agosto de 1967. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXIV. Segunda Parte. Sección Primera. Página 265)”.*

Esta sentencia, que igualmente acoge la tesis de inexistencia de falta de servicio, al tiempo de este comentario, no se encuentra firme y la Corte Suprema está próxima a un pronunciamiento de inadmisibilidad, solicitado por el Fisco.

Probablemente una sentencia más clara o concluyente sobre el punto, fue la dictada por la Corte Suprema el 23 de noviembre de 2015, en lo autos caratulados “Muñoz Herrera, Patricio con Fisco de Chile” (Rol N° 3.021-2015), en la que se distingue para contabilizar el plazo tratándose de cierto tipo de daños, que aquél debe contarse desde una fecha posterior a la de la perpetración del acto, lo que ocurriría toda vez que éste no se manifiesta sino tiempo después de perpetrado el acto (daños diferidos).

8 En: Domínguez Ávila, Ramón. La Prescripción Extintiva. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, 2004, páginas 376–377.

3.- Sobre los criterios jurisprudenciales y sus variaciones

Finalmente, no podemos obviar referirnos a los cambios de criterio en la jurisprudencia en materias que de suyo, o razonablemente estimábamos agotados, bajo ciertos supuestos lógicos.

Las excepciones opuestas por el Fisco en esta causa son similares a aquellas opuestas en los autos “Gatica y otros con Fisco y Municipalidad de Talcahuano”, sin embargo, los criterios sobre los límites de la falta de servicio así como sobre la prescripción fueron distintos, al menos a nivel de Corte de Apelaciones, y probablemente lo sea también ante la propia Corte Suprema.

Lo anterior, no obstante tratarse de prácticamente el mismo asunto, esto es, supuestos daños ocurridos en viviendas emplazadas en el borde costero en la comuna de Talcahuano, con motivo del maremoto que sucedió al terremoto del 27 de febrero de 2010.

Obviando todo comentario sobre al efecto relativo de las sentencias, la composición de salas de cada tribunal y las facultades jurisdiccionales soberanas de cada uno de ellos, no se puede soslayar la existencia de estos cambios y la rapidez con que ellos ocurren.

Si abordamos otras materias como ocurre en derecho laboral con la tutela de derechos fundamentales, la subcontratación y los contratos a honorarios, el desafío para asumir una defensa fiscal es mayor y no bastan los argumentos envasados o las tesis lógicas, pues se debe investigar y asumir muchos otros aspectos que, otrora, eran de segundo orden.