

Santiago, treinta de julio de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 355-10 sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios caratulado "Lincolao Paineo Aurelio con el Servicio de Salud Araucanía Sur", la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo respecto de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco que revocó la de primera instancia que rechazaba la demanda por falta de servicio y en su lugar la acoge condenado al Servicio de Salud demandado a pagar a los actores la suma única de veintidós millones de pesos (\$22.000.000) por concepto de daño moral.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que el recurrente afirma, que la sentencia en estudio no contiene las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la misma, incurriendo en el vicio contemplado en el artículo 768 N°5 del Código Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal.

Explica que las sentencias definitivas deben establecer con claridad los hechos sustanciales y

prueba han permitido tener por acreditados aquellos hechos que entienden justificados, para dejar así a los tribunales superiores en condiciones de calificar jurídicamente tales hechos.

En el caso de autos, el vicio denunciado se configura porque al imputar la demandante al Servicio de Salud demandado haber incurrido en falta de servicio en la atención del parto de la actora y, por otro lado, habiendo este último negado que en la especie se incurriera en ello, alegando además la inexistencia de la relación de causalidad entre la conducta desplegada y resultado neonatal, resultaba indispensable que la sentencia impugnada para acoger la demanda de autos dejara establecida la existencia de la falta de servicio del demandado, consignando en qué consistió concretamente ésta, y señalara además la causa del daño imputable a una determinada conducta del demandado o de sus agentes, y en uno u otro caso los medios de prueba que le permitían así establecerlo, nada de lo cual realiza la referida sentencia, por lo que no satisface el requisito de contener las necesarias consideraciones de hecho establecido en el número 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

de servicio, en circunstancias que éste último es un elemento perfectamente diferenciado del daño y de la relación de causalidad, en tanto supuestos necesarios para que se configure la responsabilidad civil en materia sanitaria. Incluso, el fallo de segunda instancia va mucho más allá de lo que formalmente señala, porque en ninguna parte establece cuál fue la causa del daño, y ello se explica en razón de que, en la práctica, de la sola prueba de la existencia del daño en el contexto de una atención médica también extrae la relación de causalidad.

Segundo: Que, conforme a lo argumentado por el recurrente, los hechos en que funda la infracción no constituyen la causal invocada. Ello es así pues, en definitiva, lo alegado por medio de la nulidad formal es la incongruencia existente entre lo debatido en autos y lo fallado por el sentenciador. Lo anterior queda en evidencia al señalar aquél que tanto la demandante como la demandada construyeron sus alegaciones sobre la base de afirmar y negar, respectivamente, la existencia de falta de servicio de parte del Servicio de Salud demandado; sin embargo el sentenciador, alejándose de la discusión, acoge la demanda fundado en la existencia de responsabilidad objetiva del Servicio de Salud, y que derivado de ello no existe en el

eventualmente constitutivas de extrapetita, pero en caso alguno de la causal esgrimida por la recurrente, esto es falta de consideraciones de hecho y de derecho en el fallo que se revisa.

Tercero: Que por consiguiente, el recurso de casación en la forma será desestimado.

II. En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Cuarto: Que denuncia el recurrente que se ha infringido por parte de los jueces del grado, por haberlo aplicado según una errónea interpretación, el artículo 38 incisos primero y segundo de la Ley N° 19.966; y, al dejar de aplicarlo siendo aplicable en la especie, el artículo 1698 inciso primero del Código Civil. Así, a pesar que el tenor literal de ambos preceptos es claro en su sentido y alcance, éste es desatendido por el sentenciador, vulnerando de esta forma además los artículos 19 inciso primero y 20 Código Civil.

Quinto: Que el recurso explica en su primer capítulo que se ha infringido el artículo 38 en sus incisos 1° y 2° de la Ley N° 19.966, norma que claramente establece en el inciso primero que la responsabilidad sanitaria nace para la Administración del Estado cuando ésta causa daños a los particulares por incurrir en falta de servicio. En efecto,

civil en materia sanitaria, esto es: a) daño; b) falta de servicio; y c) relación causal entre ambos elementos.

Agrega que a pesar de ser claro el sentido que emana del tenor literal, la sentencia de segunda instancia, siguiendo una determinada extrema doctrina jurídica, absolutamente inaplicable al caso de que se trata, con evidente error de derecho, entiende que la sola prueba del daño en el contexto de una atención de salud basta para acreditar mecánicamente la falta de servicio. Así, no obstante que el inciso 2° del artículo 38 de la Ley N° 19.966 dispone claramente que el particular debe acreditar el daño, la falta de servicio y la relación causal, el fallo recurrido, como consecuencia de una errónea interpretación de dicha disposición legal, sostiene que la prueba del daño y la relación de causalidad conduce automáticamente a entender que concurre la falta de servicio para efectos de establecer la responsabilidad civil en materia sanitaria.

Sexto: Que, continúa exponiendo, el error de derecho denunciado anteriormente conlleva la inversión de la carga de la prueba, porque como dicha sentencia infiere mecánicamente la falta de servicio de la sola circunstancia que se produzca un resultado desfavorable en el contexto de

demandado -para poder desvanecer esa especie de supuesta presunción legal de falta de servicio- la carga de probar una causa ajena que produce el daño, para así exonerarse de responsabilidad.

Explica que se infringe, al dejar de aplicarlo, el inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, en cuanto éste prescribe en lo pertinente que incumbe la prueba de las obligaciones a aquel que las alega. Ello es así, porque el fallo de que se trata libera a la actora de acreditar la falta de servicio y coloca sobre el demandado la carga de probar una causa ajena respecto del daño, no obstante que ambos aspectos, esto es, falta de servicio y causa del daño, constituyen presupuestos inherentes a la responsabilidad civil en materia sanitaria, correspondiendo a la demandante probar tales extremos que constituyen la fuente de la obligación indemnizatoria que alega.

Séptimo: Que, por último, manifiesta el recurrente que los jueces de fondo, al desatender el claro el tenor literal tanto del artículo 38 incisos 1° y 2° de la Ley N° 19.966 como del artículo 1968 del Código Civil, infringen los artículos 19 inciso 1° y 20 de este último cuerpo legal.

Octavo: Que, concluye, las infracciones denunciadas

demandado no incurrió en falta de servicio que haya causado el daño que sirve de fundamento a la demanda de autos y, en consecuencia, habría confirmado la sentencia de primer grado que rechazó íntegramente la demanda.

Noveno: Que para una adecuada comprensión del asunto conviene precisar que los actores demandaron de indemnización de perjuicios por daño moral al Servicio de Salud Araucanía Sur, en su calidad de padres de Matías Lincolao Romero, quien falleció 7 de septiembre de 2005 a consecuencia de la falta de servicio en la que se incurrió por parte del equipo médico que atendió a la demandante, doña Mercedes Romero Guzmán, en el proceso de parto que enfrentó esta última el día 19 de julio de 2005, pues tomaron tardíamente la decisión de realizar una cesárea -a pesar de ser evidente la complicación del parto-, lo que determinó que su hijo naciera con asfixia severa grave, la que en definitiva le provocó la muerte.

Se imputa además al demandado la realización de una esterilización no consentida por la demandante.

Décimo: Que son hechos de la causa, por así haberlos establecido los jueces de grado:

a) La actora, doña Mercedes Romero Guzmán, el día 18 de julio de 2005, a eso de las 16:50 horas, ingresa a

momento del ingreso tenía contracciones uterinas aisladas y con síntomas de trabajo de parto, por lo que se indica permanezca internada en la unidad de obstetricia. A las 19:10 horas se le realiza RBNS N° 1264, que no refleja signos de hipoxia ni de sufrimiento fetal agudo.

b) El 19 de julio de 2005, la demandante es nuevamente evaluada con 40+6 semanas, unidad feto placentaria normal, CIU normal p50. Examen: altura uterina 36 centímetros, al tacto vaginal cuello posterior blando +/- dos centímetros, permeable un dedo, cefálica alta, líquido amniótico claro. A las 9:30 horas se coloca 50 ug de misoprotrol en fondo de saco posterior. Se decide su traslado a pre parto y se da inicio a trabajo de parto franco. La evaluación de pre parto por matronas desde 12:50 horas no muestra alteración de latidos cardiofetales, ni de la presión arterial. A las 16:15 horas se efectúa RAM, que da salida a líquido amniótico claro. A las 16:45 horas se observa líquido amniótico claro, al tacto vaginal se constata dilatación de 8 centímetros, cefálica apoyada, siendo la paciente trasladada a sala de partos. A las 18:10 horas, al tacto vaginal, cuello edematoso, cefálica en I plano OI DT.

c) A las 18:35 horas médico de turno del Hospital indica cesárea, siendo la demandante trasladada a pabellón

nacido de sexo masculino 4.020 gramos de peso, 54 centímetros, "Aguar" (Apgar) 1-2, efectuándose reanimación respiratoria con máscara y tubo. El protocolo de parto señala embarazo de 40+5 semanas, trabajo de parto expulsivo detenido, desproporción céfalo pélvica (esto es cabeza del niño era muy grande en relación a la pelvis de la madre, lo que detuvo el trabajo de parto). La descripción operatoria describe liquido amniótico con tinte meconial, extracción fetal en cefálica, muy deprimido. Alumbramiento dirigido de placenta. RP mas escobillonaje.

e) Se realizó esterilización quirúrgica a la demandante a solicitud de la propia paciente, según consta en ficha clínica firmada por ella.

A su vez, la sentencia de segunda instancia establece que el lactante Matías Lincolao Romero falleció el 7 de septiembre de 2005 a las 23:20 horas por encefalopatía severa, según certificado de defunción.

Undécimo: Que sobre la base de tales antecedentes fácticos los jueces de segundo grado concluyen existe responsabilidad del demandado, pues en su concepto el artículo 38 de la Ley 19.966 establece un tipo de responsabilidad objetiva, en la cual sólo basta que se acredite el daño y la relación de causalidad producto de la

la culpa y el dolo, cual es, la denominada falta de servicio. Es decir, lo que tiene que realizar el particular-víctima es acreditar el daño y la relación de causalidad que va a implicar el factor denominado falta de servicio, esto es, es una verdadera responsabilidad objetiva.

En el caso concreto de autos los demandantes han acreditado los supuestos de su acción conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, pues han probado el daño, esto es, el nacimiento con asfixia (deprimido) de su hijo Matías Lincolao Romero y su muerte. Asimismo, que estos daños fueron producto de la atención dada por el Hospital Hernán Henríquez a través de sus funcionarios, y no por otros hechos o causales, los que en sus acciones cometieron falta de servicio, por cuanto no hay explicación científica que demuestre lo contrario.

Duodécimo: Que, el primer capítulo del recurso plantea la infracción del artículo 38 de la Ley N° 19.966, por cuanto el sentenciador ha establecido a su respecto, la existencia de una responsabilidad objetiva del Estado y ha condenado a su parte a indemnizar los perjuicios causados, obviando el requisito esencial establecido en la norma como factor de imputabilidad, a saber, la falta de servicio en

Órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.". Luego su inciso segundo señala: "El particular debe acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del Órgano, mediando dicha falta de servicio".

Décimo Tercero: Que una atenta lectura del precepto transcrito permite concluir -contrariamente a lo sostenido por los jueces de segundo grado- que para que nazca la responsabilidad en materia sanitaria deben concurrir copulativamente los requisitos establecidos expresamente en la mencionada norma, esto es, la existencia de falta de servicio del respectivo Servicio de Salud, que haya causado un daño y que éste sea imputable al mismo. Ello es claro, pues la norma en comento señala justamente en su inciso 2° que se debe acreditar -en este caso por los actores- que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando falta de servicio. De tal modo no se vislumbra de qué forma se establece en la norma en comento la pretendida responsabilidad objetiva, entendida ésta en el sentido doctrinario de la misma, es decir, aquella en la que sólo se requiere acreditar la existencia del daño y la relación de causalidad, prescindiéndose del actuar del órgano.

conforme a la cual, para la interpretación del concepto "falta de servicio" establecido en la Ley N° 19.966, no deben necesariamente seguirse los lineamientos establecidos respecto del referido concepto en la Ley N°18.575. Dicha afirmación carece de todo sustento a la luz de lo establecido en las normas de interpretación contenidas en los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil. En efecto, hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil; sin embargo, la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 -hoy 42- que prescribió que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del

destinada a establecer el contenido jurídico del referido concepto; y en esa labor esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que dicho factor de imputación supone la ocurrencia de un servicio tardío o defectuoso, que genere la consecuente responsabilidad indemnizatoria. En este contexto, el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que incorpora en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en materia sanitaria, la cual incorpora -al igual que la Ley N° 18.575- la falta de servicio, como factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado.

Un estudio de la historia fidedigna del Título III de la ley en comento, en la cual se encuentra incorporado el artículo 38, permite aseverar que la inclusión de las normas de responsabilidad del Estado en materia sanitaria dentro de la ley se debió a la intención específica del legislador de regular esta materia especial, siguiendo los lineamientos del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues efectivamente dicho título -que tiene origen en una indicación del Ejecutivo, presentada y discutida durante el

nace de la falta de servicio, la cual no es otra cosa que el actuar defectuoso de los Servicios de Salud.

Décimo Quinto: Que, en síntesis, contrariamente a lo sostenido por el sentenciador, el artículo 38 de la Ley N° 19.699 no establece de forma alguna la pretendida responsabilidad objetiva del Estado; muy por el contrario, ella hace expresa mención al factor de imputación del cual deriva la pretendida responsabilidad de los órganos de la Administración, cual es la falta de servicio. De tal forma que al consignar el fallo de segunda instancia que el artículo 38, establece un tipo de responsabilidad objetiva comete un error de derecho, pues se prescinde del factor de imputación falta de servicio y sólo se atiende a la existencia del daño para efectos del establecimiento de la responsabilidad civil del demandado.

Decimo Sexto: Que establecido el yerro en que han incurrido los jueces de fondo, corresponde analizar si éste ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo. Para tales efectos se debe analizar si de los hechos sentados en la sentencia es posible extraer la falta de servicio que se le imputa al demandado.

Décimo Séptimo: Que, despejado como está, que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal

funciona irregular o tardíamente, necesariamente debe concluirse que -conforme a los hechos fijados por el tribunal- no se ha incurrido por parte el demandado en falta de servicio en la atención brindada el día 19 de julio de 2005 a la demandante doña Mercedes Romero Guzmán durante el parto de la misma. En efecto, la imputación realizada por los demandantes en orden a que se incurrió en falta de servicio por parte del Servicio de Salud, por haber tomado el equipo médico tardíamente la decisión de practicar una cesárea a la demandante, no se encuentra establecida en los antecedentes fácticos fijados por los jueces de grado. Analizados los hechos asentados, se establece que la paciente estuvo todo el periodo que permaneció internada en el Hospital de Temuco -durante el proceso de parto- monitoreada por personal calificado, que se le realizaron los exámenes de rigor y conforme a ellos se descartó en distintas horas del día 19 de julio de 2005 la existencia de sufrimiento fetal, por cuanto el líquido amniótico siempre se presentó claro y los latidos cardíofetales normales, no dejando de ser relevante el hecho de estar en presencia de una paciente multípara, con tres partos normales, cuya evaluación hasta las 18:10 horas fue normal. Sólo mas tarde se establece la detención del

determina a las 18:35 la realización de una cesárea, la cual se practica a las 19:09 horas del mismo día. De modo tal que en los hechos no aparece de forma alguna que durante el proceso de parto hayan existido síntomas de sufrimiento fetal que fueran desatendidos por el equipo médico a cargo del parto, cuestión que sería una muestra fehaciente de falta de servicio.

La situación fáctica establecida no puede ser calificada como un funcionamiento irregular, tardío o deficiente del servicio, pues -como se señaló- el proceso de parto se desarrolló con normalidad, lo que aparece corroborado por lo manifestado a fojas 103 por la doctora San Miguel, que estuvo a cargo de la auditoria médica originada por la muerte de Matías Lincolao, quien señaló que se siguieron todos los protocolos y procedimientos establecidos, respetándose los periodos de espera por parte del equipo médico a cargo del parto de la paciente. Así, el hecho que no se haya decidido antes de las 18:35 horas del día 19 de julio de 2005 la realización de una cesárea no puede considerarse como una negligencia que sea constitutiva de falta de servicio, puesto que no hubo antecedentes que obligaran antes de dicha hora a la realización de ella. De esta forma, al no ser posible

siendo posible además establecer un funcionamiento defectuoso del Servicio de Salud, necesariamente los jueces de fondo debieron concluir que no se ha configurado la responsabilidad del órgano estatal.

Décimo Séptimo: Que, por consiguiente, sólo cabe concluir que la sentencia que se revisa no sólo incurrió en una errónea aplicación del artículo 38 de la Ley 19.966, sino que además ello ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que la situación fáctica fijada por los jueces del mérito no satisface los requisitos que supone la falta de servicio, yerro que condujo a acoger la demanda, y que por lo mismo obliga a la invalidación del fallo.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandada en el primer otrosí de su presentación de fojas 168 contra la sentencia de treinta de noviembre de dos mil nueve, escrita a fojas 141, la que por consiguiente **es nula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordado lo anterior con el **voto en contra** de los ministros Señor Muñoz y Araneda, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación en el fondo fundados en los

1°.- Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano - germánico y religioso. La preocupación fundamental en todos ellos ha sido el establecimiento o creación de los principios, normas y reglas de Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en su aplicación en las decisiones particulares de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano - germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento.

La evolución de las familias de los sistemas jurídicos se orienta en decisiones convencionales que se encausan en diversos aspectos, pudiendo citar entre los más relevantes,

En el sistema de fuentes el mayor progreso se producirá al reconocer que éste se encuentra piramidalmente estructurado.

En efecto, en la Teoría del Estado, surge la supremacía individual en las declaraciones de derechos de las personas, en que el individuo constituye la preocupación central del Estado, que tiene un hito singular en la Carta Magna y la supremacía constitucional como estructura normativa de un sistema de fuentes, las que reconocerán una jerarquía entre todas ellas basada en los valores y pilares fundamentales del mismo Estado, cuya evolución se inicia con la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento.

No obstante esta gran diferencia entre ambos sistemas, ambos concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en la esfera jurisdiccional, en que el sustento primero será el derecho al proceso, reconocido con diferentes

todas las diferencias éste y el Estado democrático. Del mismo modo se podrán advertir las diferencias de posición en el litigio, pero que al regular las prerrogativas de que gozan las partes en el procedimiento la idea fundamental es la igualdad de derechos y trato entre ellas, como en la relación con el tribunal.

Se conjuga en este desarrollo el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cuales es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos

siempre amparar a las personas en su condiciones individuales, por lo que en todo el bloque constitucional deben incorporarse las determinaciones jurisprudenciales que nacional e internacionalmente robustecen el sistema. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

Corresponde expresar que ya la Revolución Francesa permitió pasar de un Estado de Policía a un Estado de Derecho, entre cuyos efectos más importantes está la conformación de un sistema normativo que tiene por objeto regular la organización administrativa, sus funciones y potestades, como también, las limitaciones y responsabilidades de sus autoridades y agentes públicos.

2°.- Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla "The king can do no wrong" (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos como de un contencioso-administrativo

incluso aplicando sanciones. En un primer estadio se excluye de control oportunidad, mérito y/o conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislator y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho

por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

3°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", sentencia de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en "Hexagón con Fisco", de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código

Orgánica Constitucional 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco.

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de "falta de servicio" que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que se ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. "Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado" (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que

medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultados de la acción u omisión de la Administración." "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea "lesionada en sus derechos por la Administración del Estado".

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y funcionarios, en que su objeto es la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas

que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización correspondiente.

5°.- Que establecida la responsabilidad del Estado por daños de carácter patrimonial a las personas, en nuestro país la jurisprudencia ha tenido una labor determinante, pero mesurada. Se ha radicado la observación principalmente del Estado Administrador, pero no se debe ignorar la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado Juez, como también la responsabilidad internacional del Estado. Continuaremos con el análisis respecto del Estado Administrador.

En efecto, no obstante seguir en la doctrina civilista a la doctrina francesa, no ocurre lo mismo en lo relativo a la responsabilidad con un carácter permanente, observando iniciales esfuerzos, pero que, con motivo de la norma del artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley", se produjo un retroceso, debiendo

aceptación sin prevenciones de ésta. El problema actual es el régimen que se ha implantado en nuestro país. Todos sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios, la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración. Luego se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan la solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración y los segundos la incluyen. Surge aquí la conceptualización de la responsabilidad de la Administración como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (faute de service), pero esta también produce divergencias. Simplificando el problema - podrá decirse que inmotivadamente - se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en

tiene en el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de responsabilidad ética, política y de bien común, a lo cual se agrega su deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por lo que dicho deber de cuidado impone un comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular. Esta misma concepción radica en la Administración la carga de probar que no le asiste responsabilidad en el daño al ajustarse a un actuar normal. La diferencia entre la concepción objetiva de la responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio está en que en la primera responde de todo daño y debe probar una eximente de responsabilidad, pues incluso le corresponde asumir los daños por la actividad lícita. Sin embargo, en la segunda acreditando un comportamiento normal, en concreto, corresponde excluir su responsabilidad. En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la administración que acredite que su obrar fue diligente.

La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la

por acción como por omisión, surgiendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos, exigen no solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa del derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción.

6°.- Que para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el análisis de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el

Administración en el ejercicio de sus funciones". Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio".

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl http://www.leychile.cl/Consulta/portada_h1) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: "Más adelante el título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo."

"Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir."

"Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza

El proyecto contempla la siguiente disposición:
"ARTICULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material."

"Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal."

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: "La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por "falta de servicio", así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades -decreto ley N° 1.289, de 1976-, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.".

cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía." (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: "1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizarán comparativamente los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.

b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta

eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.

f) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a las responsabilidades civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable.” (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente “Artículo 3º: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el “Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho

“En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables.”

“Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía.” (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: “Artículo 4° Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil.” (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego respecto del artículo 45, se señala: “Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4° del

toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.”

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso.”

considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse." (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

a.- La responsabilidad como principio general. La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia "al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración".

b.- Sistema general de responsabilidad. La Administración debe observar el principio de responsabilidad, puesto que el Estado "será responsable por los daños que causen" sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en "ejercicio de sus funciones", sin desconocer que puedan existir otros

lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

c.- Concepción pro administrado y distinta de la existente. Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.

d.- Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad. En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad se indica es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se "está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo

responsabiliza civilmente por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el cual responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra.

f.- Nuevo Sistema de responsabilidad.

1.- Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera "claramente" como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como "responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio".

2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicios comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es cuando los servicios "no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego

4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

5.- Solamente se exige "que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado".

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.

7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

7°.- Que, el 25 de agosto de 2004 se promulga la ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, este cuerpo normativo reglamentó la responsabilidad del

el ejecutivo incorporó mediante una indicación al proyecto despachado por la Cámara de Diputados, un Título IV, lo que marca el inicio de la discusión parlamentaria respecto de la materia, consignándose, como antecedentes relevantes:

I.- Discusión del proyecto al interior de la Comisión de Salud del Senado, justamente ante ella se expone la indicación del ejecutivo de incorporar el mencionado Título IV de "Responsabilidad del Estado en materia Sanitaria", en la primera sesión se contó con la presencia del profesor Pierry, quien explicó la necesidad de regular la materia, sosteniendo que "si no se establecen reglas especiales, deben aplicarse las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuerpo normativo cuyo artículo 4° consagra la responsabilidad del Estado por daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El artículo 44 del mismo texto legal precisa que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal". Reconoció que "esta interpretación ha sido puesta en duda por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes argumentan a favor de su

República”, así aclaró que “este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad”. En relación con el proyecto, expresó que “la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos”. (Página 549).

A continuación se procedió a analizar la indicación del Ejecutivo, siguiendo la numeración de los artículos propuestos por ella.

Artículo 50 (Pasó a ser artículo 39) Establece la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, por los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El inciso segundo define la falta de servicio, y al efecto señala que se configura “cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente.” (Página 550).

El profesor Pierry sugirió eliminar el segundo inciso, que define la falta de servicio. Hizo presente que “puede existir falta de servicio aun cuando se cumpla con la ley y

estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios".

La Comisión, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, acordó acoger el inciso, modificándolo, en el sentido de establecer que los órganos de la Administración del Estado, en materia sanitaria, serán responsables también por la culpa o dolo de sus funcionarios, y que el Estado tendrá derecho a repetir en contra de éstos, si han incurrido en falta personal.

Resolvió, asimismo, eliminar el inciso segundo propuesto por la indicación y sustituirlo por otro, que dispone que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal".

En consecuencia, luego del primer análisis por parte de la comisión de salud, el artículo 39 quedó del siguiente tenor: *"En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal.*

El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio”.

II.-Así se emite el Primer Informe Comisión de Salud Senado, que señala respecto de la materia, que “El Título IV incorporado al texto por la Comisión, “De la Responsabilidad en Materia Sanitaria”, tiene carácter de Ley Orgánica Constitucional, porque desarrolla para dicho ámbito las reglas de los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado” (Página 458).

III.- En el mensaje del informe complementario de la Comisión de Salud, temas pendientes que conviene profundizar, entre ellos el relativo a la responsabilidad estatal por falta de servicio en materia sanitaria, que requiere algunas precisiones de técnica legislativa que reflejen la intención del Ejecutivo en orden a que ninguno de los preceptos del proyecto de ley sea propio de ley orgánica constitucional. (Página 618)

Luego, en éste informe complementario, se consigna que el Presidente de la República, con fecha 17 de mayo de 2004, formuló indicación que modifica el proyecto previamente aprobado por la Comisión del Salud. Respecto de

términos, en consecuencia, el Título IV de la Responsabilidad en Materia Sanitaria, pasó a ser Título III, y el artículo 39, pasó a ser artículos 37 y 38, los que quedan del siguiente tenor:

"Artículo 37.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

Se entenderá que hay falta de servicio cuando, por incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad, el órgano no funcione, funcione mal o funcione tardíamente.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria que sean condenados en juicio, por la concurrencia de culpa o dolo de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o habiendo utilizado elementos proporcionados por el servicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario.

IV.- Luego en el boletín de indicaciones para el artículo 37, se consignan las siguientes:

"89) Del Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, para

responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditadas en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.".

90) De los Honorables Senadores señores Ruiz-Esquide y Viera-Gallo, para sustituir el inciso tercero por el siguiente: "El particular deberá acreditar que el daño se produjo como consecuencia de la falta de servicio del órgano." (Página 716).

V.- En el segundo informe de la Comisión de Salud, respecto de la discusión en particular, se consigna

- Respecto de la N° 90, "el Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo ver que las disposiciones propuestas dejan meridianamente en claro que, para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios, basta acreditar la relación de causa a efecto entre la falta de servicio y el daño sufrido.

- Ambas indicaciones fueron aprobadas refundidas, la N° 89 sin enmiendas y la N° 90 con modificaciones.

En consecuencia, el proyecto que se aprueba de forma definitiva y que se convierte en ley, establece en su texto actual: *"Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en

sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada."

8°) Que, conforme a los antecedentes reseñados respecto del artículo 38 de la Ley en estudio, puede establecerse que desde la presentación de la primitiva indicación del ejecutivo, pasando por la discusión en general, en sala y en particular, en la comisión de salud, la materia sólo sufrió como modificaciones en relación a la indicación inicial, la eliminación del inciso segundo del artículo 27 (actual 38) que establecía la definición para falta de servicio, la que se fundó en la recomendación de dejar en manos de los tribunales de justicia determinar cuándo ésta se configura (página 550). Asimismo, se desechó la idea de establecer la responsabilidad estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios.

Como puede observarse, se abordó por parte del legislador el tema de la responsabilidad sanitaria del estado, sin querer innovar respecto de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 18.575, sino por el contrario, sólo se buscó reafirmar el factor de imputación de responsabilidad, como lo es la falta de servicio, en similares términos a los consagrados en dicha normativa.

9°.- Que clarificados los presupuestos de la

en la falta de servicio, excluyendo toda posibilidad de reconducción al Código Civil, adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó, como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario. Del mismo modo, con tal definición excluye la posibilidad de exigir la individualización del funcionario, solamente debe acreditar la conducta del servicio, pues es de él quien reclama, además de carecer de acción en contra del funcionario, el cual resulta indiferente en su identidad y determinante en su conducta, pero como expresión de la actuación de toda la Administración o del servicio en particular.

De esta forma, más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto. Se acude así a dos factores diversos. Por una parte se toma el

exclusión producto de su actuar normal o exento de reproche y del mismo modo que el daño sufrido por el particular queda comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otra, se acude a la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

La ponderación objetiva y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estarse a la situación precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En cambio, la apreciación en objetiva precisamente pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio, las que compara con aquellas en que efectivamente se hizo, ello debido a los criterios de cuidado, confianza, tutela y garantía que pesan sobre el Estado Administrador, el que debe ser examinado no solamente en las causas próximas o inmediatas, si no en todas aquellas que derivaron en la producción del daño, las que pueden estar radicadas en una cadena de determinaciones

las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponible para actúa correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar. Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata solamente de aplicar esta normativa, sino que, además, los principios que la inspiran, los que han estado vigentes conforme al

encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

10°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados una serie de hechos, los que analizados en su conjunto, permiten tener por configurada la falta de servicio, consagrada normativamente en el artículo 38 de la Ley 19.966, pues claramente el Servicio de Salud, a través de su red hospitalaria - Hospital de Hernán Henríquez de Temuco- no otorgó a su usuaria, doña Mercedes Romero Guzmán, la atención de salud de manera eficiente y eficaz, por cuanto claramente reaccionó en forma tardía ante una clara complicación del parto de la misma.

Hay una falta de servicio evidente y directa, puesto que la demandante estuvo por más de 24 horas en trabajo de parto, sin que se produjera la expulsión del niño, debido a que existía una desproporción céfalo-pélvica, entre la cabeza del niño y la pelvis de la madre, lo que necesariamente debió llevar al equipo médico, a tomar todas las medidas necesarias para asegurar la vida de la madre y del niño que estaba por nacer, la situación enfrentada por parte de los funcionarios, debió llevarlos a tomar la pronta decisión de realizar una cesárea de urgencia, pues

alargan innecesariamente el sufrimiento de la madre, poniendo en riesgo su vida y la del hijo que ésta por nacer. Ninguna actividad, esperable de una Institución Moderna, fue desplegada, por el contrario, tal como lo declaran el doctor a cargo del parto (fojas 97) y la doctora que realiza la auditoria médica por la muerte de Matías (fojas 102), la cesárea realizada a la actora fue electiva - a pesar que llevaba más de 9 horas con trabajo de parto franco, sin progresión de dilatación y con desproporción céfalo-pélvica- y no de urgencia, caso en éste último en el que el tiempo de espera se acorta de 30 a 10 o 15 minutos, declarando la doctora San Miguel, que el sufrimiento fetal, en éste caso, se produce durante la realización de la cesárea, lo que deja aun más en evidencia la falta de servicio en la que se incurrió, pues claramente, se retardó la decisión de realizar la cesárea, y cuando ésta se adopta, se indica como "electiva" y no de urgencia, perdiendo preciosos minutos que pueden haber sido la diferencia entre la vida y la muerte del niños, coartando claramente, la posibilidad de que éste naciera sano.

11°.- Que sobre la base de los antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como

los que en ejercicio de sus funciones deben proveer las prestaciones medicas necesarias al paciente, de forma tal que se debe evitar exponerlos a riesgos innecesarios, sin escatimar en esfuerzos para ello, sobre todo, porque se cuenta con equipo técnico y profesional para llevar a cabo tal labor. Así, se deben tomar todas las medidas, para evitar que se produzcan resultados dañosos en la prestación del servicio de salud que brindan a los usuarios del sistema.

De esta forma, "acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado", lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa de la ley 18.575).

Afirmar una doctrina diversa importa sostener o afirmar un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575,

12°.-Que, sentado lo anterior, corresponde hacerse

condenar al Estado de Chile sin que exista un juicio de reproche. Al respecto cabe considerar que la acción que cupo en estos autos a la Administración, según lo razonado precedentemente, configura claramente la falta de servicio, establecida como factor de imputación por el legislador. De modo tal, que el vicio denunciado por el recurso, en el que incurre el fallo de alzada, no ha influido en lo dispositivo del fallo, lo que impide acoger el recurso deducido.

Ministro Señora Araneda:

1°) Que comparte los lineamientos generales expuestos en el voto de mayoría en los considerandos Décimo Tercero, Décimo Cuarto y Décimo Quinto, respecto que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, se genera por la existencia de falta de servicio, factor de imputación de carácter subjetivo, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

2°) Que sin embargo, estima, que el error cometido por los jueces de grado, al establecer que el artículo 38 de la Ley N° 19.966 contempla un estatuto jurídico de

voto de minoría que antecede, resulta claro, que los hechos asentados por los sentenciadores, son constitutivos de falta de servicio, en la que se incurrió por parte del Servicio de Salud demandado, al momento de atender el parto de doña Mercedes Romero Guzmán, por cuanto el equipo médico no actuó con la diligencia esperada, incurriendo en omisión de la atención médica oportuna, la que fue la causa directa y necesaria del nacimiento con asfixia del menor Matías Lincolao Romero, lo que provocó, en definitiva, su posterior muerte en el mismo recinto hospitalario en el que nació, causando los daños cuya indemnización se solicita en autos, razones por las cuales el recurso en estudio, no puede prosperar, ya que tal como se indica en el voto de minoría que antecede, el error cometido por los sentenciadores, no ha influido en lo dispositivo del fallo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Señor Carreño y del voto disidente de sus autores.

Rol 355-2010.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sra. Sonia Araneda B., el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. y el Abogado Integrante Sr. Guillermo Piedrabuena R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Araneda

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.