

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos Rol de esta Corte N° 5572-2019, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados "Schuster Pinto, Macarena y otros con Fisco de Chile", provenientes del Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de primera instancia, dictada el veintiuno de julio de dos mil diecisiete, se acogió la demanda, condenando al demandado a pagar a cada uno de los actores la cantidad de \$200.000.000, por concepto de daño moral.

Apelada dicha decisión por ambas partes, una sala de la Corte de Apelaciones la confirmó, con declaración que rebaja el monto concedido a \$150.000.000 para cada uno de los accionantes. Es necesario precisar que la sentencia erradamente expresa que "revoca" el fallo, en circunstancias que únicamente se resuelve una variación del monto indemnizatorio.

En contra de la decisión anterior, tanto los demandantes como el demandado deducen recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el primero de los arbitrios de nulidad es aquel entablado por los demandantes, quienes denuncian la



infracción de los artículos 1556, 2314 y 2329 del Código Civil, yerro que se materializa al hacer suyo la sentencia de segundo grado, el motivo trigésimo sexto de la decisión de primera instancia, que rechaza la pretensión de lucro cesante en circunstancias que, en concepto de los recurrentes, resultó acreditado que la víctima de estos hechos percibía ingresos que van entre los \$53.000.000 y \$57.000.000 promedio en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, el cual ocurrió cuando tenía 40 años de edad.

En consecuencia, el hecho culpable de la demandada motivó que existan ingresos que los actores, en sus calidades de cónyuge e hijos del fallecido, dejaron de percibir y que deben también incluirse en la indemnización, siendo irrelevante su fuente.

Segundo: Que, concluyen, la influencia de los señalados errores jurídicos en lo dispositivo del fallo resulta ser sustancial, por cuanto motivó el rechazo de la demanda en aquella parte que exigía una indemnización por concepto de lucro cesante, en circunstancias que dicha pretensión debió ser acogida.

Tercero: Que, en cuanto al recurso de casación del Fisco de Chile, en un primer capítulo da por transgredidos los artículos 4° y 42 de la Ley N°18.575, 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil en cuanto al establecimiento de una



falta de servicio, además de los artículos 1437, 2314, 2316 y 2329 en aquello concerniente a la relación de causalidad entre ésta y el daño demandado.

Expone que la sentencia recurrida razona en torno a que la maniobra del avión hacia el canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara es un comportamiento negligente de la tripulación, lo cual es, en concepto del recurrente, jurídicamente erróneo, puesto que esa negligencia no se puede desprender de ninguna norma o antecedente, como tampoco puede considerarse para dicho efecto que la altura no fuera superior a los 650 pies, en tanto ello no es una indisciplina o una negligencia.

Expresa que el informe de la empresa Airbus Military acompañado en autos reconoce que las condiciones meteorológicas imprevistas fueron las causantes del accidente, de lo cual fluye que el vuelo del avión se ajustó a las normas de tránsito y utilización del espacio aéreo. En este sentido, la decisión de ingresar al canal fue una maniobra reglamentaria y razonable para retornar a la pista una vez que las condiciones lo permitieran, configurándose así un actuar exento del reproche necesario para dar por establecida la culpa de los funcionarios.

Asevera que debe tenerse presente que sólo hoy, después de muchos estudios, se puede evaluar que la decisión de volar al canal colaboró de alguna forma al



resultado fatal, pero en las condiciones de los pilotos al momento de realizar esa maniobra, no se les podía pedir haber realizado un pronóstico y exigirles haber actuado sobre la base de información meteorológica con la cual no contaban, puesto que ello significaría olvidar la realidad concreta del servicio en el momento de los hechos.

Todo lo anterior incide también en el establecimiento de una relación de causalidad, por cuanto responsabilizar a la Administración en esas condiciones es un contrasentido y afecta el estándar de cuidado exigido. En este contexto, el error jurídico de los sentenciadores del grado estuvo en condenar únicamente sobre la base de un resultado dañoso, sin entrar a analizar la presencia del elemento subjetivo.

Asegura que la caída del avión se produjo por el fenómeno meteorológico, siendo imposible que los pilotos previeran la mayor intensidad de los vientos en un punto geográfico específico; se voló dentro de los parámetros y, entre el momento en que la nave se vio afectada por el viento y que se estrella en el mar, no transcurrieron más de 3 segundos, además, al momento del accidente el avión estaba fuera de la zona del circuito de aterrizaje o en fase de aproximación, volando por sobre la altura mínima establecida sobre el mar, de modo que no se observa en el accionar de los pilotos la negligencia imputada por el fallo recurrido, el cual finalmente aplica un régimen de



responsabilidad objetiva, sin hacer un análisis normativo de la relación de causalidad.

Cuarto: Que, a continuación, se reprocha la transgresión del artículo 45 del Código Civil, por falta de aplicación de la eximente de caso fortuito. Afirma la demandada que el fallo confunde la imprevisibilidad con la razonabilidad o debida diligencia de una conducta y, a este respecto, reitera que los datos con que contaban los pilotos los habilitaban para el vuelo y que el fenómeno meteorológico fue inusual, circunstancia que lo hacía imposible de prever y resistir.

Quinto: Que, finalmente, denuncia la vulneración de los artículos 47, 1698 y 1712 del Código Civil, 341, 384 N°1 y N°2, 426 y 428 del Código de Procedimiento Civil, identificando aquéllas como leyes reguladoras de la prueba, infracción que se configura al momento de calificarse la maniobra de los pilotos como negligente, para cuyo efecto los sentenciadores sólo recurren a la opinión de Enrique Schafer Graf, prestada fuera del juicio, en desconocimiento de los antecedentes científicos recabados por la Fuerza Aérea de Chile y el peritaje de Airbus Military, conforme a cuyas conclusiones la única causa del siniestro fue el escenario meteorológico.

En este sentido, todos los investigadores aeronáuticos llegaron a una única conclusión, contraria a la que aparece



en la sentencia, de lo cual fluye que los falladores desconocieron el valor probatorio de los informes científicos aportados, los cuales no fueron controvertidos por otras pruebas.

A mayor abundamiento, enumera una serie de antecedentes que, estima, no fueron valorados por la sentencia recurrida y que habrían llevado a concluir que la negligencia imputada a los pilotos en realidad es inexistente.

Sexto: Que los errores de derecho antes mencionados tuvieron, en concepto de la parte recurrente, influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto la correcta interpretación y aplicación de las normas antes enumeradas, habría llevado a concluir que no fue acreditada una falta de servicio fiscal como tampoco un vínculo de causalidad, con el consecuente rechazo de la demanda.

Séptimo: Que los antecedentes se inician por la demanda deducida por Macarena Schuster Pinto, por sí y en representación de sus hijos menores de edad Agustín, Josefa, Vicente y Matilde, todos de apellidos Arnolds Schuster, en contra del Fisco de Chile, motivada en los hechos ocurridos el día 2 de septiembre del año 2011, oportunidad en que el avión de la Fuerza Aérea de Chile (en adelante Fach), modelo Casa - 212 cayó al mar en el



Archipiélago de Juan Fernández, falleciendo sus 21 ocupantes.

Exponen que el vuelo se planificó en condiciones tales que, debido a la limitada capacidad de almacenaje de combustible, la nave no tenía la posibilidad de volver en caso de no poder aterrizar en la isla Robinson Crusoe, planificándose un punto de no retorno que motivó que la nave cayera al mar en un segundo intento de aterrizaje. A ello se suma que el Casa - 212 tenía la posibilidad de llevar estanques adicionales de combustible que habrían aumentado la autonomía de vuelo, los cuales no fueron instalados y, por el contrario, durante los preparativos de la misión, la Fach dio la orden de retirarlos.

Añaden que el vuelo estaba programado originalmente para 11 pasajeros más 4 tripulantes, pero luego pasó a tener 15 pasajeros y 6 tripulantes, esto es, 21 personas a bordo, de manera que iba cargado al máximo con pasajeros y, si se agrega el peso del combustible, se sobrepasaba el permitido. En efecto, la nave tenía 164 kilos de sobrepeso.

En cuanto al aeródromo de Juan Fernández, punto de destino del vuelo, es conocidamente peligroso y con dificultades para aterrizar, tiene pista muy corta, rodeada de acantilados y mar, con fuertes vientos y tiempo cambiante, todo lo cual demanda una tripulación experimentada y con gran cantidad de horas de vuelo. El



recinto operaba sin torre de control y sin personal o instrumental especializado; a modo ejemplar, la intensidad del viento era informada por el encargado de aseo del lugar mediante la observación de una manga y las demás condiciones meteorológicas eran medidas en la Bahía de Cumberland, en el lado opuesto de la isla, a kilómetros de distancia.

Además, el modelo de avión no está diseñado para maniobras de aterrizaje con vientos cruzados superiores a los 22 nudos, circunstancia que evidencia que no era la nave apta para este viaje puesto que las rachas en la pista superaban el máximo permitido para la operación segura del avión, ascendiendo a 35 nudos.

Expresan que tampoco había manual o instructivo de vuelo específico para Juan Fernández, lo cual derivó en que no se observó un control adecuado de las condiciones de la travesía y, en efecto, el plan de vuelo elaborado por el piloto tenía falencias, como por ejemplo, no indicaba la circunstancia de tratarse de un trayecto con punto de no retorno, sin que se ejerciera una supervisión efectiva sobre estos aspectos.

Todo lo reseñado contribuyó a que la tripulación efectuara maniobras erradas durante los dos intentos de aterrizaje en la isla, exponiéndose imprudentemente a los vientos cruzados y, luego del primer intento, se llevó el



avión hasta la zona del canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, caracterizada por fuertes vientos, área que fue sobrevolada a una altura peligrosamente baja, circunstancia que dejó al avión sin posibilidad de reacción frente a las corrientes y remolinos.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, expone que se verificaría una falta de servicio de la Fuerza Aérea de Chile, al tenor de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 44 de la Ley N°18.575, puesto que se trata del órgano que estaba a cargo de la ejecución del vuelo y su seguridad, considerando que se trató de una misión ordenada por el Jefe del Estado Mayor, usando medios de la Administración y, en este escenario, se incurrió en las negligencias ya señaladas que fueron la causa directa de la muerte de todos los ocupantes.

A continuación, citan como fuente de responsabilidad los artículos 2314, 2329 y 2320 del Código Civil.

En cuanto al daño, uno de los pasajeros del vuelo era Joaquín Arnolds Reyes, nacido en 1971, quien formaba parte de la fundación Desafío Levantemos Chile, cuyos miembros se dirigían a ayudar a la reconstrucción de la isla, afectada por el terremoto del día 27 de febrero de 2010. Los demandantes son su cónyuge y sus cuatro hijos, quienes



perdieron al padre de familia y principal fuente de ingresos familiares, dejando de percibir aquella cantidad que el fallecido ganaría por su trabajo hasta su edad de jubilación, además de sufrir un daño moral acrecentado por la exposición mediática de estos hechos. Por estas razones, solicitan la cantidad total de \$1.135.034.620 por concepto de lucro cesante, además del monto de \$350.000.000 para cada uno de ellos, en razón del daño moral.

Octavo: Que se establecieron como hechos no controvertidos, los siguientes:

1. El 8 de julio de 2011 la Fundación Levantemos Chile se dirigió al Coronel de Aviación Dennis Harvey Parada, Jefe del Departamento de Comunicaciones de la Fach, para invitar a la institución a participar en el denominado Proyecto de Reconstrucción del área de comercio de la Caleta de Pescadores de la Isla Robinson Crusoe del Archipiélago Juan Fernández, solicitando apoyo aéreo para el traslado del equipo del Programa Buenos Días a Todos de Televisión Nacional de Chile, junto con personal de la Fundación y que comprendía un total de 11 personas.

2. Con fecha 19 de agosto de 2011, el General de Brigada Aérea Maximiliano Larraechea, Secretario General de la Fuerza Aérea, comunicó al Departamento Comunicacional la factibilidad de trasladar a la isla Juan Fernández al equipo del programa de televisión, personal de la Fundación



Levantemos Chile y personeros del Consejo Nacional de la Cultura y Las Artes, apoyo que sería brindado los días 2 al 4 de septiembre de 2011 en el material modelo Casa C - 212.

3. Mediante Reservado de fecha 24 de agosto de 2011, se ordenó la misión de vuelo para el traslado de 15 personas y materiales.

4. Con fecha 29 de agosto de 2011, la Fuerza Aérea de Chile a través de la V° Brigada Aérea, Grupo de Aviación N°8 emitió la correspondiente Orden de Vuelo Esc. Apoyo CBTE N° 83 - 2011 Código Transponder 6541; Documento Orden Del C.J.V°B.A./O.M.N°118/2011. Dicho instructivo consignó como avión al Casa - 212 N°966; con salida el 1 Septiembre de 2011 y regreso el 4 de Septiembre de 2011. Este documento contiene la siguiente mención; *"el comandante de la nave deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en el Manual de Operaciones del Grupo de Aviación N°8, maximizando las normas de seguridad"*.

5. La tripulación estuvo conformada por la Teniente Carolina Fernández Quinteros, el Teniente Juan Pablo Mallea Lagos, los ingenieros de vuelo Eduardo Jones San Martín y Erwin Núñez Rebolledo y los funcionarios de la Fach Eduardo Estrada Muñoz y Flavio Oliva Pino.

Noveno: Que la sentencia de primera instancia razona en torno a la prueba aportada en relación a todos los



aspectos sobre los cuales descansa la negligencia imputada a la Fach, comenzando por el peso de la nave.

Sobre este particular, tiene presente que la Junta Investigadora de Accidentes de la institución registra en su informe que el Casa - 212, inició el vuelo un peso de despegue de 8.264,6 kilos, presentando sobrepeso al despegue de un 2%; mientras que el fabricante Airbus Military, entre los datos básicos de la aeronave, describe que su peso máximo de despegue son 8.100 kilos.

Por otro lado, el Manual de Pesos y Centrados del Casa C - 2012 - 300 contempla como peso máximo de rodaje 7.750 kilos y de despegue 7.700 kilos. El mismo documento señala que para efectos de cálculo del peso, se debe utilizar la llamada Tabla F, que es el resumen de la carga del avión, donde se debe incluir el peso máximo admitido para el despegue y aterrizaje, estimando el combustible que quedará al momento de arribar a destino, la suma del peso operativo más el del combustible al momento de aterrizar y restar los pesos anteriores de aquellos máximos, para así obtener las cargas permisibles.

Obran en la causa, además, el informe pericial entregado por la Dirección de Operaciones del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, de 10 de noviembre de 2011, donde se consigna que el peso total fue de 16.550 libras, mientras que aquel elaborado por los peritos Henry



Cleveland y Raúl Jorquera Conrads, de 8 de agosto de 2011, describe que el peso total de la aeronave fue de 18.293,42 libras, equivalentes a 8.297,896 kilos, encontrándose en condición de sobrepeso al momento del despegue de 165 Kg y fuera de los márgenes permitidos.

El reporte de la Junta Investigadora del Accidente describe como peso máximo de despegue de la aeronave 8.100 kilos, señalando que el cálculo de peso estimado fue de 8.264,6 kilos, esto es, un sobrepeso de 164,6 kilos, lo cual es confirmado por el informe emitido por Airbus Military, de 15 de junio de 2012, que refiere que la aeronave despegó del aeropuerto de Santiago con un ligero sobrepeso, sobre los 8.100 kilos de peso máximo autorizado.

Por otro lado, también se incorporó la Resolución de la Comandancia en Jefe que propone sanciones administrativas, en razón de que el peso de operación de la aeronave fue calculado sobre la base de estándares, pero de haber sido fiscalizado debidamente se habría advertido que la cantidad de personas que transportaba excedía el máximo de despegue de la aeronave.

En cuanto al combustible, los antecedentes dan cuenta que el avión fue cargado con 1.380 litros, quedando con un total de 3.400 libras, sin especificar si aquel total contemplaba los estanques sub alares. Por su parte, el informe pericial de 10 de noviembre de 2011, realizado por



los peritos Fernando Ilharreguy y Carlos Latorre Vargas, al detallar las características técnicas del avión, indica éste tiene una capacidad de combustible de 3.496 libras. Luego expresan que desde Antofagasta despegó con una cantidad de 3.400 libras, de modo que considerando un consumo promedio de 700 libras por hora y que el vuelo duró 3 horas con 24 minutos, se obtiene un combustible consumido de 2.380 libras.

El informe de Airbus Military indica que el combustible cargado se corresponde con la máxima capacidad de los tanques de combustible - principales y auxiliares - su peso es de 1545 kilos y el avión no estaba equipado con estanques sub-alares. De este modo, el combustible consumido en el trayecto a la isla con potencia máxima de crucero está en torno a los 1.062 kilos, circunstancia que indica que todavía quedó en los depósitos 483 kilos, que suponen una autonomía del avión de 110 minutos aproximadamente, de lo cual se desprende que la aeronave alcanzó las islas con suficiente combustible para intentar las maniobras de aterrizaje que fueran necesarias o mantenerse sobrevolando bastante tiempo en un área, en posible espera de mejores condiciones meteorológicas.

La Junta Investigadora de Accidentes menciona en su informe que la aeronave habría llegado a la isla con 1.298



libras de combustible remanente, que le daban una autonomía de 1 hora y 35 minutos de vuelo.

Finalmente, el metaperitaje rolante a fojas 831 y siguientes establece que el abastecimiento de combustible fue normal, descartándolo como causa del accidente.

Respecto de las comunicaciones, la Norma Dan 91 relativa a las Reglas del Aire, preceptúa que toda aeronave deberá mantener escucha permanente respecto a las comunicaciones aeroterrestres orales en ambos sentidos. Sobre este aspecto, el informe de la Junta Investigadora de Accidentes expresa que la aeronave entró en frecuencia Multicom 118,2 Mhz con la Estación Aeronáutica Robinson Crusoe a 10 minutos del arribo y canceló el Plan de Vuelo en esta frecuencia a las 16:42 horas, efectuándose las comunicaciones en forma normal desde y hacia la aeronave; la comunicación se dio normal y fluida, circunstancia que es confirmada por el informe de los peritos Henry Cleveland y Raúl Jorquera Conrads conforme al cual el avión mantuvo comunicaciones regulares.

Por su parte, el informe de Airbus Military que contiene la transcripción de dichas comunicaciones, no reporta ningún tipo de anomalía, emergencia o situación adversa, lo cual se ve refrendado por el metaperitaje de fojas 831, que expresa que, en general las comunicaciones



fueron dificultosas, no obstante, no tuvieron injerencia en el accidente.

Respecto de la información meteorológica, el Manual de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa - 212 señala que como parte de la planificación del vuelo debe considerarse la meteorología tanto del aeródromo de salida, durante la ruta, en el destino y en las alternativas.

El informe de la Junta Investigadora de Accidentes consigna que el aeródromo de la Isla Robinson Crusoe es uno no controlado, razón por la cual los Previsionistas de la Dirección Meteorológica de Chile, solamente preparan una situación de la ruta y del aeródromo, apoyado por imágenes satelitales. La condición sinóptica de Juan Fernández que se transmite a Santiago es obtenida a través de los observadores meteorológicos de la Dirección General de Aeronáutica Civil, que se encuentran en el pueblo de San Juan Bautista en la Isla Robinson Crusoe y aquello que se observa en la estación no corresponde necesariamente al panorama que se presenta en el aeródromo, que se encuentra a 10 kilómetros de distancia. En este orden de ideas, para apreciar la cantidad de nubosidad en el aeródromo, se observan las cámaras meteorológicas que hay en él y para determinar la base de las nubes, se utilizan los cerros como referencia, lo cual se complementa con la información de viento y nubosidad obtenida por parte del cuidador del



aeródromo. No obstante, las condiciones meteorológicas en los alrededores y particularmente en el sector del canal, entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe donde se produjo el accidente, no son apreciadas y, por tanto, las tripulaciones no cuentan con esta información. Añade que los vientos eran de 45 nudos a los 9.000 pies hasta los 80 nudos a los 16.000 pies.

El informe de la empresa Airbus Military describe que la información meteorológica correspondiente al aeródromo de la isla Robinson Crusoe fue facilitada a la aeronave la noche del 1 de septiembre, consignando vientos de dirección variable a veces cruzados a la pista con intensidades medias de 10 a 13 nudos, arrachados hasta 36 nudos. La Isla habría sido afectada por fuertes vientos entre 30 y 35 nudos a partir de las 18:30 horas o 19:30 horas UTC no descartándose que haya perdurado hasta las 20:00 horas. Al momento del accidente la condición meteorológica era de vientos fuertes, 25 a 30 nudos, arrachados, con variaciones en la dirección horizontal de más de 90°.

Finalmente, el metaperitaje indica que, en relación a la ruta, la información que fue entregada a la tripulación por los previsionistas del Centro Meteorológico del aeropuerto correspondía a vientos de 250° con 20 nudos en promedio. Las condiciones en la Isla eran vientos fuertes de 25 a 35 nudos arrachados, variaciones en dirección



horizontal de más de 90° en 30 segundos con fuerte inestabilidad y turbulencia agravada por la presencia de vientos descendentes entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe, de las cuales la tripulación no tuvo conocimiento. Tanto en la ruta como en la Isla las condiciones climáticas fueron adversas y la información meteorológica en poder de la tripulación no correspondía a las reales.

En aquello que concierne a la altura de vuelo, el Manual de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa 212 serie 300 para el Grupo de Aviación N°8, dispone en el acápite Selección Altitudes del Capítulo IV, que para la navegación de bajo nivel y para las misiones de instrucción, se utilizará una altitud de 250 pies, sobre el nivel de suelo. Conforme a la Junta Investigadora de Accidentes, la aeronave permaneció por un tiempo de 38 minutos sobre el límite fisiológico de los 10.000 pies, lo cual no tuvo efecto en el desempeño de la tripulación, aunque experimentó cambios de niveles de ruta que se realizaron para franquear nubosidad y posible formación de hielo, determinándose que se mantuvo en todo momento entre los 350 y 400 pies y se vio afectada por el viento cruzado. Durante la maniobra de inversión, la altura era de aproximadamente 350 a 400 pies sobre el mar y la pasada sobre la pista 32 fue aproximadamente a 80 pies y sin un ascenso pronunciado.



Añade que la altura de vuelo de la nave sobre el sector del canal se encuentra por debajo de las máximas de la isla Santa Clara, cuya elevación superior es de 1.226 pies.

El informe de la empresa Airbus Military contiene la transcripción de las comunicaciones y concluye que la altitud de la aeronave durante su vuelo por el canal fue inferior a la altura geográfica de la isla Santa Clara, menor a 650 pies en la zona donde fueron encontrados los restos.

Finalmente, la pericia evacuada por los Peritos Henry Cleveland Cartes y Raúl Jorquera Conrads, manifiesta que el avión realizó dos sobrevuelos a la pista, para luego pasar el canal a una altitud de vuelo inferior a los 650 pies, siendo lo más probable no superior a 440 pies. Asevera que las condiciones de alta inestabilidad y condiciones de cizalladura, con turbulencia moderada a extrema, pueden dar lugar a poderosas ráfagas descendentes que facilitan la formación de fuertes torbellinos en la zona del canal de la isla Santa Clara, provocando pérdida de altitud y del control.

En aquello tocante al plan de vuelo, el Reglamento Aeronáutico de Operación de Aeronaves lo define como la información especificada respecto a un vuelo proyectado o a parte de un vuelo de una aeronave, mientras que el Manual



de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa - 212, establece que la clave para el éxito de un vuelo es la planificación previa del mismo.

Sobre los hechos, el informe elaborado por la Comisión Investigadora de Accidentes de Tránsito, refiere que hubo diferencia entre el peso planificado y el real, se estimó un peso de 200 libras por persona sin contemplar equipaje y se consideró, además, un menor peso para los equipos de apoyo que se llevaron para la operación y para los dos especialistas. Añade que el perfil de vuelo planificado generaba la necesidad de contemplar un punto de no retorno - que no aparecía en el documento - en el cual tomar la decisión si continuar o no, de acuerdo a las condiciones meteorológicas y operacionales del destino.

El informe confeccionado por los Peritos Fernando Ilharreguy y Carlos Latorre, asevera que el Teniente Mallea no indicó ni mencionó en los Planes de Vuelo el punto de no retorno, de modo que es posible que la tripulación no contara con una planificación escrita y detallada del vuelo a realizar, puesto que, además, en el documento presentado se cometieron una serie de errores, en especial en tiempos y capacidad del avión.

Sobre las condiciones del Aeródromo Juan Fernández, no fue controvertido que se trata de uno no controlado. La dependencia aeronáutica que establece contacto y asesora a



las tripulaciones se encuentra ubicada en la localidad de San Juan Bautista en la Bahía de Cumberland y el contacto con el control aéreo es un funcionario localizado en dicho lugar, que dispone de equipos de medición de las condiciones meteorológicas.

El informe de la empresa Airbus Military describe que se trata de un aeródromo sin torre de control, como tampoco servicio meteorológico localizado en el lugar, a lo cual el reporte de la Junta Investigadora de Accidentes añade que se carece de equipos de comunicaciones que operen en frecuencia aeronáutica y de un operador que permita entregar información en tiempo real a las aeronaves.

Por su parte, el Metaperitaje de fojas 831 y siguientes indica que el recinto no cuenta con ningún tipo de servicios, como el de losa, control de tránsito aéreo o extinción de incendios, tampoco posee equipos de comunicaciones en frecuencias aeronáuticas u operadores, lo cual impide dar información en tiempo real respecto a las condiciones reinantes en el área inmediata al aeródromo.

Por último, sobre de las aptitudes de la tripulación, la Teniente Carolina Fernández era la oficial más antigua, teniendo a su cargo el cumplimiento de la misión, contaba con licencia de Piloto de Guerra y una experiencia total de 727,5 horas de vuelo en 8 años, de las cuales 411,9 horas corresponden a vuelos en un Casa - 212. Su último viaje al



archipiélago de Juan Fernández se registró en el mes de junio de 2011 y anteriormente había cumplido misiones al mismo lugar en febrero de 2011 y diciembre de 2010. En el mes de febrero de 2011 fue autorizado su nombramiento como Comandante de Aeronave Casa - 212, asumiendo el cargo a contar del 4 de marzo.

El Teniente Juan Pablo Mallea se desempeñó como piloto al mando, siendo de su responsabilidad el funcionamiento y la seguridad de la aeronave durante el tiempo de vuelo. Contaba con licencia de Piloto de Guerra y una experiencia total de 613,6 horas de vuelo en 7 años, de las cuales 276,8 horas corresponden a vuelos en un Casa - 212. Durante el año 2011 había efectuado un vuelo a la isla Robinson Crusoe en la aeronave, los días 29 y 30 de junio de 2011 y anteriormente en los meses de marzo y diciembre del año 2010.

Conforme al Metaperitaje, ambos pilotos se encontraban con sus cursos de vuelo aprobados, en condiciones de volar los diferentes materiales de vuelo, incluyendo el Casa - 212 y contaban con la experiencia adecuada para operar en el aeródromo de la isla.

De todo lo expuesto anteriormente la sentenciadora establece, en primer lugar, que el avión despegó con un sobrepeso de 164 kilos aproximadamente, circunstancia que implica no seguir las medidas de un vuelo seguro, que deben



adoptarse y respetarse desde que el avión se encuentra en tierra y previo al despegue y no solamente durante el trayecto. Además, los antecedentes dan cuenta que no existe certeza de la realidad de los datos consignados en el manifiesto de carga y pasajeros, del cual no quedó copia. En efecto, en el peso estimado que se registró, no fueron incluidos dos de los pasajeros, cuyos datos fueron proporcionados por las fichas médicas de la institución y con posterioridad.

Ello se relaciona con la razón de retirar los estanques sub alares, que fue precisamente el exceso de peso que ya se advertía y, aun sin ellos, igualmente fue excedido.

La misma inobservancia se aprecia en aquello concerniente al combustible, por cuanto los antecedentes allegados a la causa no entregan suficiente claridad en cuanto a que si los cálculos efectuados para medir capacidad versus autonomía, consideraron la capacidad total de almacenamiento de combustible del avión, incluidos los estanques sub-alares, o sin éstos. La capacidad máxima de combustible permitía una autonomía de 4 horas con 51 minutos, mientras que el Plan de Vuelo, consideró una menor y que hace dudar sobre la real carga, puesto que el remanente quedó reducido solo para 33 minutos de vuelo y, con ello, estrechamente se cumplía con los parámetros



obligatorios. Se trató de un vuelo que consideró un punto de no retorno, lo cual obligaba a la tripulación a efectuar los cálculos de combustible con una precisión tal que, ante cualquier emergencia, permitiera desenvolverse con total holgura.

El aeródromo de destino establecido en el Plan de vuelo como primario fue Viña del Mar y, considerando las condiciones ideales, esto es, combustible al máximo, condiciones climáticas óptimas y sobrevuelo preciso sin otros incidentes, se hubiese podido arribar a ese lugar sin mayores problemas, pero habría sido imposible regresar a Santiago. Sin embargo, si se consideran los datos registrados en el Plan de Vuelo, no era viable ninguna de las alternativas ni siquiera en condiciones ideales.

En relación a la información meteorológica, ninguno de los miembros de la tripulación acudió personalmente a la oficina de meteorología para pedir la información o revisar y percibir directamente las condiciones climáticas. Esta falta de prudencia se advierte desde que al Teniente Mallea, en el Mesón de Operaciones de Vuelo y mientras esperaba la aprobación del Plan de Vuelo, le fue entregada la meteorología impresa, preguntándole el Cabo 1° Alegría, despachador, si había efectuado las consultas al Previsionista Meteorológico, respondiendo que sí, lo cual efectivamente habría ocurrido ese mismo día, pero



telefónicamente y cerca de las 10:30 horas. Luego del despegue no hubo preocupación por revisar nuevamente, a pesar que el Manual de Fase en su Capítulo III, preceptúa que el piloto será personalmente responsable de obtener en las dependencias correspondientes un completo informe meteorológico que contemple el máximo de información posible.

Agrega que la tripulación conocía condiciones climáticas distintas a las encontradas al llegar a la isla, falencia que se explica por informarse éstas en base al clima imperante en el lugar donde se encuentra ubicada la estación meteorológica, distante a kilómetros de la pista de aterrizaje y que son obtenidas de una cámara que visualiza la pista y la manga de viento con que se mide este último, mecanismos de predicción imprecisos e inquietantemente precarios. Los vientos anunciados oscilaban entre los 15 y 25 nudos, los constatados fueron por sobre los 35, arrachados en variadas direcciones y en particular entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe por donde el Casa - 212 decidió transitar. En este sentido, si la isla hubiese estado dotada de una implementación e infraestructura apropiada, la tripulación hubiese tenido acceso a una información más precisa y en tiempo real de las condiciones climáticas imperantes, permitiéndole decidir preventivamente y evitando aquellas zonas donde el



viento u otro factor podía afectar el control de la aeronave.

En cuanto a la altura al momento de pasar por el canal, se desconocen las verdaderas condiciones de aeronavegabilidad del avión hasta ese punto, no pudiendo determinarse con certeza que por el hecho de haber llegado a la isla y sobrevolarla, el avión no se viera afectado por otros factores.

Todas las circunstancias descritas llevan a concluir que la tripulación al mando del avión Casa - 212 no dio cumplimiento a la reglamentación vigente, contenida en las Normas DAN y DAR, como tampoco en los manuales emitidos por la institución al efecto, en particular respecto a la planificación y en la forma explícitamente descrita en ella y que ha sido establecida precisamente para resguardar la seguridad y eficiencia de un vuelo.

Sin embargo, la responsabilidad que concierne a la tripulación no se agota en ella, sino que trasciende y hace extensiva al Mando Institucional de la Fuerza Aérea de Chile, por no haber supervisado o revisado con la misma minuciosidad la planificación del vuelo, en cuanto al peso, cálculo de combustible y autonomía, considerando además que se trataba de un vuelo con punto de no retorno, respecto del cual se aprobó un plan deficiente, incorrecto e impreciso, para llevar a cabo una misión en un destino que



no contaba con normas, instructivos o procedimientos mínimos de seguridad, en razón de su particular ubicación y características geográficas, como tampoco existía una regulación de la operación de naves pertenecientes a una brigada aérea en otra y, al mismo tiempo, por haber designado una tripulación que carecía de la preparación, experiencia y aptitudes personales necesarias para enfrentar todos los distintos y posibles escenarios en que se puede desarrollar una misión.

Estas infracciones reglamentarias, omisiones y el exceso de confianza en que incurrió la tripulación y el mando Institucional, afectaron la seguridad de la aeronave y del vuelo con destino a la isla Robinson Crusoe y contribuyeron a provocar el accidente y sus lamentables consecuencias, reflejándose en ello la falta de servicio que motiva la acción indemnizatoria.

Todo lo razonado también significa concluir que no tiene cabida al caso fortuito alegado por la demandada.

En aquello que concierne al daño demandado y, en primer lugar, sobre el lucro cesante, los únicos antecedentes objetivos son las declaraciones anuales de renta efectuadas por la víctima en los años 2010, 2011 y 2012, documentación que no resulta suficiente para avaluar efectivamente el monto que se dejó de percibir por su sucesión, dado que ellas consignan una serie de retiros,



sin que conste si esa sociedad se encuentra disuelta o sigue funcionando.

En aquello que respecta al daño moral, ha quedado comprobada la aflicción experimentada por la demandante y sus hijos menores, evidenciada por los testimonios vertidos en juicio e informes psicológicos; los actores perdieron a quien fuera su cónyuge y padre, situación que significó disgregar su grupo familiar por la pérdida irreparable de uno de sus miembros, lo cual lleva a fijar el monto de este rubro en \$200.000.000 para cada uno de los accionantes.

Décimo: Que, apelada la decisión, el fallo de segundo grado expone que, además de las omisiones, inexistencia de protocolos adecuados, inobservancia de las obligaciones contenidas en aquellos existentes, faltas de rigurosidad en el cumplimiento del plan de vuelo y las graves infracciones reglamentarias que se designan en el considerando vigésimo octavo de la sentencia en alzada, ha quedado establecido que una vez que la aeronave Casa - 212 sobrevoló la pista de aterrizaje, hizo un giro que la condujo hacia el canal formado entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, sobrevolándolo a una baja y riesgosa altura. Fue precisamente aquella maniobra, que pudo evitarse, la que configuró una de las causas inmediatas del accidente, toda vez que debido a las condiciones meteorológicas existentes al tiempo de sobrevolar el canal que separa las islas



señaladas a baja altura, necesariamente provocaron una inestabilidad en la aeronave que no fue posible de revertir.

Aquella negligencia resultó ser una condición determinante, eficiente y necesaria para producir el accidente, apareciendo indiscutiblemente un nexo causal entre los hechos ocurridos los que culminaron en el lamentable siniestro.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, razona que la Fuerza Aérea de Chile, forma parte de la Administración del Estado y, por lo tanto, se rige por el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República. Si bien el artículo 21 de la Ley N°18.575 excluye de su aplicación a las Fuerzas Armadas, la obligación de responder nace de la norma constitucional de manera directa, teniendo además en consideración que la tripulación a cargo de la misión actuó en su calidad de tal en el ejercicio de sus atribuciones, encontrándose ligados los funcionarios con el Estado por un vínculo de dependencia de derecho público, de modo que conforme los artículos 4° de la Ley N° 18.575 y 38 de la Carta Fundamental, se responde por falta de servicio, la cual resultó acreditada en estos antecedentes.

El razonamiento anterior permite, además, excluir el caso fortuito alegado, por cuanto los elementos de juicio



dan cuenta que la existencia de los vientos y demás condiciones meteorológicas y climáticas presentes en el momento y lugar del accidente, eran posibles de ser calculadas con anticipación y pudieron ser eludidos, descartándose tanto la imprevisibilidad como la irresistibleidad.

En relación al daño sufrido por los actores, de la prueba rendida puede darse por establecido que la cónyuge y los hijos de la víctima Joaquín Arnolds han sufrido aflicción y dolor, estimando los sentenciadores que la cantidad de \$150.000.000 para cada uno de los demandantes auxilia a los actores a soportar el padecimiento que los aqueja.

Undécimo: Que, si bien el primer arbitrio de nulidad es aquel entablado por los demandantes, motivos de orden exigen previamente el examen de los yerros jurídicos invocados por el Fisco de Chile, en tanto ellos tienden a cuestionar el establecimiento de la responsabilidad, mientras que los actores únicamente centran su reproche en la naturaleza del daño cuya indemnización se concede.

Duodécimo: Que, señalado lo anterior, de manera previa a toda consideración de fondo, corresponde razonar en torno al régimen de responsabilidad que debe aplicarse a la Fuerza Aérea de Chile, en tanto integrante de las Fuerzas Armadas.



Sobre el particular esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N°18.575, de modo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos y, específicamente el artículo 2314, que establece la responsabilidad por el hecho propio, en caso que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o de los funcionarios, en la forma que se señala a continuación.

Décimo tercero: Que, en efecto, corresponde recordar que 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 varía con la promulgación de la Ley de Bases Generales 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: *"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 funcionario que hubiere incurrido en falta personal"*. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18, actual 21.

Conforme a lo anterior, en los autos Rol N°371-2008 caratulados *"Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile"* esta Corte razonó: *"cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a Carabineros de Chile. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente precisamente que el desarrollo del Derecho Administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la*



protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, 'no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso'. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado" (considerando décimo quinto).



De esta forma, en nuestro país la noción de falta de servicio puede ser aplicable a las Fuerzas Armadas, pero a partir del artículo 2314 del Código Civil.

Décimo cuarto: Que, a su vez, como se decidiera en los autos rol 7919-2008 caratulados "Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco" el 14 de enero de 2011, "*a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo 'Seguel con Fisco' ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad*



extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado" (considerando décimo tercero).

Décimo quinto: Que la jurisprudencia expuesta, concordante con la exclusión del régimen de responsabilidad por falta de servicio respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, previsto en el artículo 21 de la Ley N°18.575 en relación al artículo 42 del referido texto legal, ha sido acertada al sustentar la responsabilidad de tal órgano en las normas del Código Civil, específicamente aquellas previstas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, toda vez que estas normas, que tienen el carácter supletorio en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del mismo código, resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N°18.575 de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

Décimo sexto: Que, volviendo al caso en análisis, la demanda cita como fuentes de la atribución de responsabilidad fiscal, tanto los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 44 de la Ley N°18.575, como luego los artículos 2314, 2320 y 2329 del Código Civil, expresando que existiría de parte de la demandada, una falta de servicio, factor de atribución



sobre el cual se construyen tanto la contestación de la demanda, como los fallos de primer y segundo grado, el último de los cuales aclara que la responsabilidad arrancarí­a directamente de la norma constitucional, razonamiento que no es controvertido por la defensa fiscal en su arbitrio de nulidad.

En este escenario, sin perjuicio de la precisión realizada en los motivos precedentes, el carácter de derecho estricto del recurso en examen motiva que esta Corte se encuentre impedida de variar el factor de atribución de responsabilidad, en tanto la demandada funda su impugnación sin discutir que a la Fuerza Aérea de Chile le fuere aplicable el régimen de falta de servicio e, incluso, reprocha la transgresión de los artículos 4° y 42 de la Ley N°18.575, sin excluir su aplicación y, por el contrario, alegando que el actuar del órgano administrativo no cumpliría con los presupuestos de tales preceptos para hacer nacer la obligación indemnizatoria.

Décimo séptimo: Que, a continuación, nuevamente motivos de orden en el razonamiento exigen resolver la vulneración que el Fisco de Chile denuncia en relación a las leyes reguladoras de la prueba, por cuanto del éxito o fracaso de este capítulo de casación será gravitante frente a la posibilidad de variación de los supuestos fácticos que vienen ya establecidos por los sentenciadores del grado.



Décimo octavo: Que, como reiteradamente esta Corte lo ha precisado, las normas reguladoras de la prueba se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el "onus probandi" o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley les asigna uno preciso de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga, nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

En efecto, se denuncia en primer lugar una infracción al artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, transgresión que luego se reconduce al artículo 425 del mismo cuerpo normativo, explicando que, al momento de ejercerse la opción por aquel de los medios de prueba que se creyó más conforme a la verdad, se hizo con desapego a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo cual, posteriormente y en el mismo capítulo, se reconoce que la valoración de las probanzas se rige, en este procedimiento, por el sistema de prueba legal o tasada.

Sobre esta prerrogativa - sin perjuicio de que en el fallo impugnado no se indica expresamente que se hubiere procedido en virtud del señalado precepto - esta Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que la aplicación del artículo 428 del Código de Enjuiciamiento no es susceptible



de ser estudiada por la vía del recurso de casación en el fondo. En efecto, la infracción de tal disposición no ha podido producirse, desde que el fallo se limita a efectuar la valoración de los medios de prueba aportados - supuestamente contradictorios, en opinión de las recurrentes - apreciación que al no estar reglada no puede importar una infracción de ley.

En otras palabras, los sentenciadores han ejercido facultades privativas al estudiar y ponderar los documentos e informes acompañados por las partes en apoyo de sus pretensiones, razón por la cual corresponde desechar esta presunta infracción de ley que sólo se sostiene en no haber reconocido mérito preferente a las probanzas allegadas por la demandada y, por el contrario, haberle otorgado valor a una declaración prestada en el marco de la investigación administrativa, tenida a la vista, cuyo valor instrumental, por lo demás, no aparece alterado en el fallo impugnado.

Relacionado con lo anterior, tampoco es posible acoger la alegación de existir un yerro en relación al artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, pues no aparece que a dicha declaración se hubiere dado el valor de una prueba testimonial. Sin perjuicio de ello, esta Corte ya ha señalado en oportunidades anteriores que dicho precepto no constituye una norma reguladora de la prueba, en tanto no consagra reglas que dispongan parámetros fijos de



apreciación que obliguen en uno u otro sentido a los jueces de la instancia, siendo éstos soberanos en la valoración de la prueba testifical, por lo que este aspecto no es susceptible de ser atacado a través del arbitrio en estudio.

Décimo noveno: Que, finalmente, respecto a los artículos 47 y 1712 del Código Civil, la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones queda entregada a los magistrados de la instancia, pues la convicción de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas. Y dado que la facultad para calificar tales atributos se corresponde con un proceso racional de los jueces del grado, no puede quedar sujeta al control de este recurso de derecho estricto.

A mayor abundamiento, de la lectura del fallo recurrido no fluye que los sentenciadores del grado hubieren acudido a presunción alguna para efectos del establecer la responsabilidad de la demandada, puesto que, en su concepto, ella resultó establecida de manera directa de los antecedentes aportados en la causa.

Vigésimo: Que de lo expuesto, aparece que aquello que en definitiva la recurrente reprocha en este capítulo es la forma o manera en que fue valorada la prueba por la sentencia impugnada, toda vez que sus cuestionamientos



esenciales dicen relación con el alcance y sentido que corresponde atribuirle, actividad que, en esos términos, escapa al control de casación y se agota con las conclusiones asentadas por los jueces del fondo, por lo que la denuncia sobre este particular no podrá prosperar.

Vigésimo primero: Que, descartada una vulneración a las leyes reguladoras de la prueba, los hechos establecidos por los sentenciadores del grado resultan inamovibles para esta Corte, cuestión que habilita para entrar al examen de las normas sustantivas, comenzando por el reproche que formula el Fisco de Chile, en relación al establecimiento de una falta de servicio, como también de un vínculo causal entre ésta y el daño sufrido por los actores.

Vigésimo segundo: Que se ha resuelto reiteradamente que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

También ha sostenido esta Corte de Casación que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, puesto que su factor de imputación es precisamente la falta de servicio, debiendo probarse - por quien lo alega - el



mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado.

En este orden de ideas, no todo hecho dañoso puede atribuirse a una falta de servicio, sino sólo los que se verifiquen por la falta de aquello que es exigible a la Administración, de modo que resulta necesario el análisis de las normas concretas que regulan la actividad en el marco de la cual ocurrieron los hechos.

Vigésimo tercero: Que la Fuerza Aérea de Chile está facultada por el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 175 de 1960, del Ministerio de Hacienda, para transportar personas y cargas ajenas a la institución en sus aviones y helicópteros que vuelan por razones de servicio y tengan cabida disponible, dentro del país o al extranjero. Este último requisito de la cabida disponible se considera una vez precisados los funcionarios institucionales y la carga necesaria para la función, todo lo cual debe ser transportado.

De acuerdo al artículo 3° del mismo cuerpo normativo, se puede autorizar en casos excepcionales y calificados, que dicho transporte sea otorgado en forma gratuita, lo



cual procederá especialmente en situaciones de emergencia o calamidades públicas.

De lo anterior se colige que razones de servicio limitan los vuelos civiles en transportes aéreos militares, pues solo pueden realizarse con motivo u ocasión del cumplimiento de una determinada función o tarea asignada a la Fuerza Aérea de Chile, destinando personal funcionario y medios de ésta para el cumplimiento de la misión institucional.

En consecuencia, de acuerdo a las disposiciones legales citadas, el transporte de civiles en aeronaves militares puede generar responsabilidad por falta de servicio, derivada tanto del acto material del vuelo como del acto formal administrativo que autorizó la misión institucional, aún si se ha llevado adelante únicamente por la decisión de la autoridad institucional.

Vigésimo cuarto: Que, en particular, importante resulta destacar, además de aquella normativa y disposiciones ya citadas en detalle en el fallo recurrido, lo preceptuado en el Manual de Fase del avión Casa - 212, obligatorio para los funcionarios de la Fach, que parte regulando la planificación de todo vuelo, expresando que ella debe realizarse de manera tal que *"no quede ninguna duda para la fase de ejecución de esta y debe considerar todos los parámetros y variables posibles que afecten la*



operación de la aeronave", a modo ejemplar, el tipo de carga o pasajeros a trasladar, meteorología, cálculo de performance, selección de ruta y nivel de vuelo y cálculo de combustible. En este contexto, es de suma importancia verificar si la aeronave puede o no operar en ciertas condiciones, para lo cual debe buscarse las mejores condiciones meteorológicas, previa obtención de un completo informe. En cuanto al combustible, dispone que debe considerarse el necesario para cumplir la misión, el combustible hacia la alternativa, más 45 minutos de autonomía, que se eleva a 1 hora en caso de un vuelo con punto de no retorno.

La responsabilidad de la planificación recae en el piloto, quien está obligado a recabar toda la información de utilidad y confeccionará conforme a ella, el respectivo plan de vuelo.

Sobre la ejecución, el mismo documento advierte que, producto de su gran envergadura alar, el Casa - 212 se ve seriamente afectado ante aterrizajes con viento cruzado.

En cuanto a la altitud, se consigna que ella es generalmente entre 50 y 500 pies sobre el terreno o agua.

En concordancia con todo lo anterior, las Reglas de Vuelo y Operación General ordenan que el piloto al mando deberá conocer toda la información disponible apropiada al vuelo proyectado, lo cual *"comprenderá el estudio minucioso*



de los informes y pronósticos meteorológicos de actualidad de que se dispongan, el cálculo de combustible necesario y la preparación del plan a seguir en caso de no poder completarse el vuelo proyectado". Añade: "el piloto al mando de la aeronave es la única y máxima autoridad a bordo y principal responsable de su conducción segura".

Finalmente, el Manual de Pesos y Centrados del avión Casa - 212, contempla como peso máximo de rodaje 7.750 kilos y de despegue 7.700 kilos, aun cuando la Junta Investigadora del Accidente expresa como peso máximo 8.100 kilos.

Vigésimo quinto: Que, a la luz de la prueba documental y pericial incorporada en los antecedentes, los sentenciadores del grado dieron por establecidos, además de los hechos consignados en el motivo octavo, los siguientes:

1. El avión Casa - 212 despegó con un sobrepeso de, a lo menos, 164 kilos.

2. Funcionarios de la demandada dispusieron que se retiraran del avión los estanques sub alares de combustible, en razón del ya mencionado exceso de peso.

3. Una menor disponibilidad de combustible derivó en que la autonomía de vuelo del avión, también disminuyera, situación que se vio acrecentada con las condiciones del viento, que generan un consumo mayor. Con ello, en caso de dificultarse el aterrizaje, la nave estaba impedida de



volver a Santiago o siquiera dirigirse exitosamente al aeródromo de Viña del Mar, fijado como alternativa.

4. El plan de vuelo elaborado por el Teniente Juan Pablo Mallea contenía errores en cuanto a la cantidad de combustible cargado y, consecuentemente, la autonomía de vuelo, altura máxima, naturaleza - civil o militar - de la misión, además de omitir la circunstancia de tratarse de un vuelo planificado con punto de no retorno.

5. Ninguno de los miembros de la tripulación acudió personalmente a la oficina de meteorología para pedir la información concerniente al vuelo, revisar o percibir personalmente las condiciones climáticas. El Teniente Juan Pablo Mallea hizo consultas al previsionista meteorológico, pero sólo telefónicamente y varias horas antes del despegue.

6. En el aeródromo de destino, la información fue obtenida de la estación meteorológica disponible en la isla, pero distante a kilómetros de la pista de aterrizaje y que es recabada en base a una cámara y una manga de viento. Para el caso de las nubes, se toma como referencia los cerros y la apreciación personal de un cuidador, que no cuenta con la calificación suficiente para estos efectos.

7. Los vientos anunciados oscilaban entre los 15 y 25 nudos. Los efectivamente constatados fueron por sobre los 35 nudos, arrachados, en varias direcciones, especialmente



en el canal que se forma entre la isla Santa Clara y la isla Robinson Crusoe.

8. Al momento de arribar a la isla, la nave sobrevoló la pista de aterrizaje, hizo un giro que la condujo al canal antes mencionado, sobrevolándolo a una baja y riesgosa altura, lo cual, sumado al efecto de los vientos, provocó una inestabilidad que no fue posible revertir, provocándose el accidente y el fallecimiento de todos los ocupantes.

Vigésimo sexto: Que los hechos reseñados, analizados a la luz de los deberes de acción y planificación que pesaban sobre la tripulación del Casa - 212 y el mando de la Fach, permiten concluir la existencia de una falta de servicio de la demandada, puesto que se actuó de manera defectuosa, en inobservancia a la normativa que resultaba obligatoria y que establece obligaciones precisamente dirigidas a la seguridad y eficiencia del vuelo; como también se incurrió en omisiones respecto de la recopilación de información esencial y necesaria para aproximarse a un lugar de destino conocidamente problemático por sus condiciones meteorológicas.

En efecto, por un lado, la tripulación no cumplió con las disposiciones del Manual de Fase y de las Reglas de Vuelo y Operación General, que exigen una planificación minuciosa de la misión. Es así como no se verificó que se



cumpliera con el peso recomendado, accionar que la demandada justificó en que los 164 kilos de sobrepeso correspondían a combustible que se consumiría durante el viaje, argumentación que no es susceptible de ser atendida, en tanto se trata de normas que deben ser cumplidas como una condición para iniciar el vuelo. Dicha falta de previsión se vio reflejada también en el manifiesto de pasajeros, mecanografiado con un total de 15 personas, de las cuales se tarjaron dos y se añadieron otras de forma manuscrita, sin que conste que el peso que implicó dicha variación hubiere sido considerado.

Por el contrario, para efectos de mitigar el sobrepeso, se dispuso el retiro de los estanques sub alares de combustible, lo cual dejó a la nave con una autonomía de vuelo de 33 minutos, en circunstancias que, tratándose de una misión con punto de no retorno, el Manual de Fase exige 1 hora de combustible, que se suma a aquel necesario para arribar al lugar de alternativa.

El plan de vuelo, por su parte, registró una serie de falencias, a modo ejemplar, indicaba que la altura sería de 10.000 pies, de los cuales se autorizaron únicamente 9.000 pies, estableciéndose luego que el Casa - 212 alcanzó una altura de vuelo sobre los 15.000 pies. Relacionado con lo anterior, existen testimonios que dan cuenta que la Teniente Carolina Fernández rechazó la información



meteorológica por sobre los 10.000 pies, afirmando que no se desplazaría a esa altitud.

Finalmente, tampoco se observó el deber de planificación en cuanto a las condiciones meteorológicas, las que ciertamente influyen en la selección de ruta, nivel de vuelo y cálculo del desempeño que tendrá la aeronave, incidiendo también en el consumo de combustible. En efecto, el Manual de Fase, respecto de las medidas de seguridad, pone especial énfasis en su punto N°10 en la obligación del piloto, quien antes del vuelo *"debe estudiar la ruta, especialmente los terminales y las alternativas, verificando: vientos de altura, isoterma cero, nubosidad y topes, turbulencia, pronóstico, visibilidad y techo de los terminales"*. Añade este manual, en su parte de aplicación táctica: *"si las condiciones de temperatura y viento no son las esperadas e indispensables para puesta en marcha y el despegue, deberá esperara mejores condiciones, las cuales se producirán durante las últimas horas de la tarde"*.

Por el contrario, la información recibida por la tripulación daba cuenta de una actividad post frontal, con inestabilidad y vientos, a lo menos, sobre los 20 nudos - hasta 35 nudos según el informe de Airbus Military - lo cual ciertamente requería que, al momento del despegue, se contara con los datos más actualizados posibles, que no fueron recopilados. Sobre este punto, el Metaperitaje



refiere que la última solicitud del pronóstico del tiempo, fue obtenida sólo 6 horas antes del despegue.

Vigésimo séptimo: Que a las circunstancias anteriores, se suman las condiciones del aeródromo de destino, las cuales elevaban el estándar de cuidado que debía observar la tripulación por cuanto, al tratarse de un recinto no regulado, carecía de servicios aeronáuticos como el de información de vuelo y alerta, mientras que la situación meteorológica imperante en dicho lugar era informada por una unidad que se hallaba a kilómetros de distancia de la pista, cuyos métodos de medición y predicción eran, a lo menos, imprecisos y precarios.

Vigésimo octavo: Que, tal como viene resuelto, las actuaciones causantes del accidente no se limitan a la tripulación del Casa - 212, puesto que otros funcionarios de la Fach también omitieron ejercer su deber de fiscalización en el cumplimiento de la normativa obligatoria para estos efectos. De este modo se establece en la Resolución N°062 de fecha 23 de mayo de 2012 de la Dirección de Operaciones de la Fach, que el Centro de Operaciones Aéreas de la II° Brigada Aérea, no mantuvo contacto con la tripulación, recibió el plan de vuelo vía fax, siendo revisado y tramitado pese a que no mantenían un procedimiento escrito para ese tipo de operaciones hacia el aeródromo Robinson Crusoe. Tampoco se realizaron



coordinaciones respecto del punto de no retorno y, así, no se ejerció control positivo sobre la misión y los medios con que ella se desarrolló.

En este orden de ideas, a diferencia de aquello que refiere la demandada en su recurso, el reproche no se centra en la circunstancia de haberse realizado una travesía con punto de no retorno, puesto que ello no se encuentra prohibido y resulta válido como estrategia de vuelo. Sin embargo, dicha característica exigía de parte de la institución una mayor rigurosidad al momento de su planificación y ejecución, que no fue observada en este caso.

Vigésimo noveno: Que la consideración de todas las circunstancias fácticas ya reseñadas permite entender la forma en que se desarrollaron los hechos: la tripulación se vio enfrentada a condiciones meteorológicas adversas de las cuales tenían previa noticia, pero sin dimensionar la importancia que tendrían para el desempeño de la nave, lo cual requirió una reacción rápida ante la posibilidad de que dicho escenario les impidiera el aterrizaje. Si bien no se pudo dar por establecido que la primera pasada por la pista del aeródromo fuera un intento frustrado de llegar a tierra, lo cierto es que luego de realizar la maniobra "gota de agua" se hizo una segunda pasada y, a continuación, el trayecto otorgaba dos opciones, esto es,



rodear la isla Santa Clara o pasar por el canal que se forma entre ésta y Robinson Crusoe.

Tratándose de un vuelo con punto de no retorno y que, conforme se dio por establecido, no contaba con combustible suficiente siquiera para aterrizar en el aeródromo de alternativa, lo cual hacía perentorio descender en Juan Fernández puesto que no existía otra posibilidad, es posible comprender la presión que pesó sobre los pilotos para realizar un trayecto más corto y optar por el canal entre las islas, aun cuando las condiciones meteorológicas adversas del lugar eran conocidas.

Al ingresar a dicho canal a baja altura, la cizalladura del viento disminuyó la capacidad de maniobra, lo cual derivó, conforme lo concluyen de manera conteste tanto el Metaperitaje como el informe de la empresa Airbus Military, en una pérdida de control, a alta velocidad y baja altitud sobre la superficie del mar, con las consecuencias lamentables que ya son conocidas.

Trigésimo: Que, establecida la falta de servicio, el Fisco de Chile reprocha, además, la forma en que se asentó una relación de causalidad entre ésta y el daño demandado.

Respecto del vínculo causal, corresponde tener presente que un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando, de no haber existido aquél, éste tampoco se habría producido. Así, se ha señalado por la doctrina:



"El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado (...) la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño" (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, primera edición año 2008, Editorial Jurídica de Chile, página 373).

La doctrina nacional distingue hoy dos elementos integrantes de la relación de causalidad. El primero es el denominado "elemento natural", en virtud del cual se puede establecer que *"un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido"* (obra citada, página 376). El segundo, corresponde al "elemento objetivo", para cuya configuración es indispensable que el daño producido pueda ser imputado normativamente al hecho ilícito. De este modo, una vez determinada la causalidad natural, debe procederse a verificar si el daño puede ser atribuible a la conducta desplegada.

Trigésimo primero: Que, en el caso de autos, si bien es cierto que el Casa - 212 se enfrentó a condiciones extremas de cizalladura de viento en el canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, resulta incuestionable que el hecho de la demandada, en los



términos en que ya se ha establecido, constituye la causa directa del accidente y el consiguiente fallecimiento de los ocupantes de la nave. En efecto, el cumplimiento del deber de planificación que pesa sobre el piloto al mando de la misión, en los términos dispuestos por el Manual de Fase del avión - esto es, analizando tipo de carga, meteorología, performance, selección de ruta, nivel de vuelo y cálculo de combustible como consideraciones mínimas - habría permitido advertir que el vuelo, en la forma en que estaba originalmente dispuesto, no cumplía con las condiciones esenciales para despegar. Debía la institución disponer el pesaje de la totalidad de los pasajeros, tripulación y equipaje antes de abordar para así, conjuntamente con el peso del combustible determinar si se cumplía con los estándares recomendados; luego, correspondía recabar la información meteorológica más actualizada posible de manera presencial con el previsionista, tomando en consideración la naturaleza no regulada del aeródromo de destino y la circunstancia conocida de tratarse la isla Robinson Crusoe de un lugar complejo para el aterrizaje; con lo anterior, sería factible un cálculo en orden a si la aeronave podía o no operar bajo las condiciones previstas, puesto que también era sabido que el Casa - 212 por su gran envergadura alar, es más susceptible de verse afectado en escenarios de



viento cruzado; sólo cumplidos estos pasos se podría determinar la ruta, horario y nivel de vuelo, considerando siempre combustible adicional en los términos consignado por el señalado Manual de Fase; finalmente, todos estos antecedentes debían, conjuntamente con otros relevantes, ser plasmados correctamente en el plan de vuelo y en el manifiesto de pasajeros, a fin que las autoridades competentes - particularmente la Dirección General de Aeronáutica Civil - tomaran adecuado conocimiento de ellos.

Por otro lado, de haberse ejercido eficientemente la obligación de fiscalización que pesaba sobre la cadena de mando institucional, las falencias anteriormente anotadas se habrían advertido - con lo cual el despegue del avión no habría podido ser autorizado - o, a lo menos, se habría tomado conciencia de la inexistencia de protocolos y procedimientos necesarios para el control efectivo de las naves, el desarrollo de las actividades de vuelo y la coordinación y manejo de las operaciones, todas omisiones por las cuales, según consta en autos, se aplicaron sanciones administrativas a distintos funcionarios de la Fach.

Trigésimo segundo: Que todas las circunstancias ya anotadas son, como se ha dicho, la causa directa del accidente, puesto que fueron determinantes para que el piloto del avión Casa - 212 se hubiera visto compelido,



ante el escenario meteorológico reinante, a ingresar al lugar donde finalmente ocurrió la tragedia.

Trigésimo tercero: Que, arribados a este punto, resta referirse a la excepción de caso fortuito opuesta por el Fisco de Chile y, relacionado con ella, la infracción denunciada respecto del artículo 45 del Código Civil.

Trigésimo cuarto: Que, en términos generales, el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que por lo tanto no pueden atribuirse a una falta de la diligencia exigida. *"La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente. Así, se ha fallado que 'no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto'. En igual sentido se ha declarado que cuando se actúa con culpa "el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o interese ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario"*. (Barros Bourie, ob. cit. pág. 90).

Trigésimo quinto: Que el caso fortuito tiene una definición legal en el artículo 45 del Código Civil como el



"imprevisto a que no es posible resistir". La doctrina tanto nacional como comparada reconoce tres elementos indicadores del caso fortuito, esto es, un hecho externo, imprevisible e irresistible.

En un sistema de responsabilidad de carácter subjetivo, en la naturaleza del caso fortuito pasa a ser determinante la estimación de la diligencia a que el deudor estaba obligado, por lo que dependerá necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidados debidos para prever este hecho o para evitarlo, si fue previsto. Para que el hecho se reputa como fortuito, es necesario que en él no se encuentre en relación alguna de efecto a causa con la conducta culpable del deudor. En consecuencia, no se puede calificar por si sólo de fortuito a un determinado acontecimiento sin hacer una valoración de la diligencia del agente; esta calificación depende fundamentalmente de la conducta del agente frente al hecho. La prueba del caso fortuito se traduce, entonces, en la de los elementos que lo constituyen, los cuales deben concurrir copulativamente, siendo ellos indivisibles.

El aspecto de mayor importancia en el caso fortuito es la naturaleza imprevista del hecho, por cuanto pasará a tener este carácter cuando se han adoptado todas las precauciones que aconseja la ciencia o la prudencia para evitar el riesgo, no en lo que éste consista. Así, que el



suceso se produzca por causas naturales no llega a importar caso fortuito, sino que la ocurrencia del mismo sea o no previsible. La previsibilidad depende principalmente del modo cómo el suceso ocurre, no de un cálculo de posibilidades, probabilidades o porcentaje de ocurrencia. La diligencia, cuidado y cumplimiento de las obligaciones de seguridad y cuidado resultan indispensables de aquilatar. En el evento que se esté ante una omisión pasa a tener importancia la representación, es un elemento psicológico. Esta intervención tiene, como única finalidad, el objetivo de quitar al hecho los caracteres de imprevisible, de hacerlo previsible, de actuar en tal forma sobre las circunstancias concomitantes al hecho que la diligencia y cuidado empleados hagan que el evento escape a las previsiones exigidas, quede fuera de la órbita de los sucesos que racionalmente se hayan podido prever.

La conducta del agente se relaciona en forma más directa con la irresistibilidad del hecho, esto es, con las circunstancias de que el suceso haya sido superior a las fuerzas del agente, de tal manera que éste no haya podido impedir los efectos dañosos del suceso, no obstante las precauciones impuestas por la diligencia que debió emplear. Ello puede obtenerse mediante la oposición de defensas que se haga frente a un evento, las que deben ser idóneas para evitar sus efectos. Si ocurre el hecho dañoso y el deudor



le había opuesto las defensas necesarias para evitarlo (medidas de previsión) y estas medidas eran idóneas para impedir sus efectos dañosos (medidas de resistencia), según lo aconsejan la ciencia y la prudencia, y – no obstante la diligencia y cuidado empleados – por obra de la violencia incontrolable del evento, el daño se produce, siendo por lo mismo para él insuperable, entonces podemos decir que el hecho ha sido irresistible.

Se exige también del agente el empleo de cierta diligencia y cuidado, y si aquél prescinde de ésta incurre en culpa o dolo, desaparece el requisito de la irresistibilidad y el hecho se le hace imputable.

Resulta imprescindible investigar sobre si el hecho, que se invoca como fortuito, es la verdadera causa del daño producido. En otros términos, se hace menester indagar acerca de la relación causal que puede existir entre el acontecimiento y el perjuicio, y la solución que esta indagación proporcione, tendrá que variar necesariamente en cada situación particular.

Naturalmente, no debe mediar intervención alguna del agente en esta relación causal entre el hecho y el daño. Si la relación causal es rota por culpa del obligado, el hecho pasa a serle imputable y pierde entonces su categoría de eximente de responsabilidad. Es indispensable que no exista culpa del agente en la ocurrencia del hecho, puesto que el



caso fortuito se traduce en la falta de culpa del agente y, en consecuencia, no hay caso fortuito cuando existe culpa precedente o concomitante al hecho.

Trigésimo sexto: Que la imprevisibilidad se entiende que es una calificación de carácter relativa, que puede aplicarse a un suceso según lo acostumbrado o desacostumbrado conforme a un proceso intelectual lógico y racional, el que está siempre subordinado a la circunstancia de que se refiera a acontecimientos que racionalmente hayan podido preverse; y que depende no del hecho mismo, sino de la manera cómo éste se presenta – en relación a sus factores externos, pero concomitantes –; todo lo cual debe descansar sobre una evaluación de la conducta del agente, referida al grado de diligencia que éste debió emplear.

Este elemento debe determinarse en concreto, es la previsión y la prevención ante los daños que se ha representado o que ha debido representarse el agente, aquello que es necesario determinar. Se puede advertir que no es el daño mismo el que debe estar a la vista, sino la obligación de precisarlo, de llegar a conocerlo.

Para que se lo pueda considerar previsible el evento dañoso es indispensable relacionarlo objetivamente a otras circunstancias concretas, de modo que no existe un tipo ideal de fenómeno que sirva como medida para establecer si



un hecho es o no previsible; aquello que le da este carácter a un hecho son las circunstancias específicas que lo rodean.

A lo expuesto se agrega el antecedente que lo exigido por la doctrina y la jurisprudencia, es actuar en la vida con la debida y esperara diligencia y cuidado, otorgando la calidad de imprevisto al suceso solamente en el evento que si se hubieren adoptado todas las medidas que la precaución aconseja, y sin embargo, el hecho igualmente se produce.

Trigésimo séptimo: Que, finalmente, la irresistibilidad se refiere a la conducta del agente frente a un suceso en vías de ocurrir, inminente, o ya ocurrido, y consiste en defensas que se oponen al hecho imprevisto tendientes a evitar sus efectos dañosos. Es la previsibilidad de un suceso aquello que obliga a una persona a adoptar las medidas de diligencia y cuidado tendientes a evitarlo y, si este hecho dañoso igual ocurre, no obstante las medidas adoptadas, el suceso puede ser calificado de imprevisto.

Sin embargo, para atribuir a tal acontecimiento que originó daños a un tercero, el carácter de irresistible, es necesario que las medidas de defensa que se implementaron para que no ocurriera o minimizar sus consecuencias, sean de tal entidad y pertinentes que sean eficientes, eficaces y efectivas para evitar el evento dañoso o sus



consecuencias, por tanto, corresponde ponderar la calidad, entidad, pertinencia e idoneidad de las medidas que se dispusieron, las cuales deben ser las adecuadas para evitarlo.

En otras palabras, para que el hecho sea irresistible y permita su calificación de caso fortuito, es necesario que el obstáculo para el agente sea insuperable, no sólo para la persona concreta que está vinculada a imperativo legal, sino también para toda otra persona colocada en análoga circunstancia, esto es, que la prevención no pueda ser ejecutada por nadie ante la situación planteada.

Trigésimo octavo: Que, aclarado el marco teórico a la luz del cual corresponde analizar los hechos, ya ha resultado acreditado el incumplimiento culpable de la Fach en cuanto a sus deberes de planificación y fiscalización del vuelo del Casa - 212, al estar probado que la observancia de una serie de pasos y la adecuada confección y revisión del plan de vuelo hubiera evidenciado los riesgos concretos de que el avión tuviera dificultades en el desarrollo del trayecto y en su aterrizaje.

En este orden de ideas, la misma demandada reconoció que el avión iba con sobrepeso, a un aeródromo no regulado, en un vuelo con punto de no retorno que debía esa característica a la cantidad de pasajeros a transportar, que nunca se contempló instalar los estanques sub alares de



combustible y que era conocida la existencia de inestabilidad post frontal en la zona de destino, todo lo cual ciertamente exigía una actuación consistente en observar con mayor rigurosidad los deberes contemplados en su normativa interna, que precisamente están establecidos para la seguridad de los tripulantes y pasajeros.

El Fisco de Chile sitúa la causa directa del accidente en el fenómeno meteorológico. Sin embargo, tal como se ha indicado anteriormente, el nexos causal reconduce directamente a las acciones y omisiones en que se incurrió antes de iniciar el vuelo, por cuanto todas ellas generaron un estado de cosas que obligó a la tripulación a ejecutar una maniobra arriesgada, como era sobrevolar el canal que se forma entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe, ante la imposibilidad de continuar el trayecto, adentrándose en un sector cuyas características especialmente complicadas eran conocidas, tomando en consideración que el piloto Ricardo Schafer Graf, quien aterrizó horas antes, también presentó problemas y, de hecho, en su declaración judicial en sede penal, manifestó que sabía los riesgos de haber sobrevolado el canal, razón por la cual tomó otro recorrido.

En consecuencia, en concepto de esta Corte el énfasis en el análisis debe situarse en la omisión de la debida planificación del trayecto y así resultaba plenamente



previsible que un avión cuyo vuelo no fue planificado adecuadamente, ante un escenario de inestabilidad post frontal - condición que era conocida desde antes de despegar en Santiago - en una zona de vientos a lo menos 20 nudos y muy superiores, sin posibilidad física de aterrizar en otro lugar por cuanto iba con sobrepeso y no contaba con combustible suficiente para viajar hacia el aeródromo alternativo, sufriera un siniestro como el ocurrido y la Fach no podía menos que representar su ocurrencia.

Tampoco puede estimarse que se trate de un hecho irresistible puesto que, según se ha razonado, podría haber sido evitado, puesto que las falencias en la preparación y fiscalización del vuelo debieron haberse advertido con mediana diligencia, todo lo cual habría llevado a reprogramar el viaje, en busca de condiciones meteorológicas más favorables o, a lo menos, a reconsiderar el número de pasajeros y la cantidad de combustible de que se disponía.

En efecto, en juego se encontraba no solamente la correcta aplicación táctica de las normas institucionales, sino la vida de un grupo de civiles y militares.

Trigésimo noveno: Que, en concordancia con lo que se viene resolviendo, esta Corte ha señalado con anterioridad: *"Que en cuanto a los efectos de los sistemas frontales, éstos no constituyen un caso fortuito o fuerza mayor,*



atendido que no concurre el requisito de la imprevisibilidad por cuanto en la zona donde se presentan son fenómenos naturales probables. En las condiciones referidas no resulta atingente sostener que la empresa concesionaria se viera enfrentada a un imprevisto imposible de resistir. Precisamente era previsible que el sistema frontal causara estragos en las instalaciones y sistemas de distribución, sin embargo, se podrían haber evitado o mitigado las consecuencias lesivas para el sistema eléctrico, si se hubieran adoptado las medidas necesarias para procurar la continuidad del servicio" (CS Rol N°20.271-2018 motivo 9°).

Cuadragésimo: Que, rechazada la concurrencia del caso fortuito, se acredita la falta de servicio de la demandada, en cuanto a la adopción de medidas para evitar el evento dañoso y su vínculo causal con los daños demandados, de modo que el arbitrio de nulidad sustancial no podrá prosperar.

Cuadragésimo primero: Que, ya establecida la responsabilidad fiscal, corresponde analizar el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante, que se centra únicamente en el lucro cesante demandado y rechazado por los sentenciadores del grado.

Cuadragésimo segundo: Que se ha sostenido que el lucro cesante es la ganancia frustrada que no se logra por causa



del hecho fuente de responsabilidad, en circunstancias que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas.

Atendida su naturaleza, resulta evidente que la determinación de este rubro, al vincularse con un hecho futuro, siempre genera incerteza, sin embargo, aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar.

Cuadragésimo tercero: Que el artículo 1556 del Código Civil dispone: *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

Así, en el caso concreto, se dio por establecido que Joaquín Arnolds Reyes era el sustento económico de su familia, formada por los demandantes, prestaba servicios de ingeniería y percibía anualmente los ingresos que constan en las declaraciones anuales de renta que se acompañaron en autos, de todo lo cual se desprende que la víctima del accidente fue privada de las ganancias que obtenía por su actividad laboral y, por tanto, también fueron reducidos los montos que, como padre de familia, aportaba en



beneficio de su cónyuge e hijos menores de edad, sin que resulte relevante la situación social después de la muerte - esto es, como indican los falladores, la disolución o no de la entidad societaria - sino la proyección de aquello que habría ocurrido de no haberse verificado el hecho dañoso, a la luz de la prueba rendida, examen que no se observa en la decisión impugnada.

Cuadragésimo cuarto: Que, en consecuencia, y sin perjuicio de las consideraciones a la luz de las cuales se fije finalmente un monto para el lucro cesante, se trata de un daño cierto que, en tal calidad y al tenor de lo dispuesto en el citado artículo 1556 del Código Civil, merece ser indemnizado, por cuanto resulta atribuible al actuar de la demandada.

Al no disponerlo así, los sentenciadores han incurrido en infracción de dicho precepto, yerro jurídico que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivó el rechazo de un rubro indemnizatorio que debió haber sido concedido, circunstancia que motiva el acogimiento del arbitrio de nulidad sustancial de la parte demandante, según se dirá a continuación.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de



casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 1460 en contra de la sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1442 y **se acoge** el arbitrio de nulidad sustancial entablado a fojas 1453, en contra de la misma decisión, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Se previene que el Ministro señor Muñoz concurre acogimiento del recurso de casación deducido por la parte demandante y al rechazo del arbitrio planteado por el Fisco de Chile, pero no comparte los motivos duodécimo a décimo sexto, relativos al régimen de atribución de responsabilidad que debe regir para las Fuerzas Armadas y la fuente de éste, teniendo, en su lugar, presente:

1° Que, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades, el régimen de responsabilidad del Estado se rige por el Derecho Público y la noción de falta de servicio, sin que pueda ser aplicado el Derecho Civil por analogía o Derecho Común, por cuando reposan en nociones, fundamentos y evolución diferentes.

2° Que el sistema de atribución de responsabilidad de la Administración se sustenta en la falta de servicio, régimen que se desprende tanto del artículo 38 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 4° y 42 de la Ley N°18.575.



3° Que, incluso de estimarse inaplicables las normas del Título II del citado cuerpo legal, igualmente se debe tener en consideración el sistema basado en la noción de falta de servicio, tanto por así disponerlo el artículo 4° de la misma ley, como desprenderse de la historia legislativa de esa normativa.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandante, teniendo para ello presente:

1° Que, tal como se ha indicado, el arbitrio de los actores se limita a impugnar la sentencia únicamente en aquella parte que no les concede indemnización por concepto de lucro cesante.

2° Que del examen de los antecedentes, fluye que este rubro fue rechazado en primera instancia por falta de prueba - motivos que luego fueron hechos suyos por la decisión de segundo grado - en razón de la ausencia de antecedentes ciertos y objetivos para el establecimiento de su existencia y monto, por cuanto las declaraciones anuales de renta, correspondientes a los impuestos personales de la víctima en los años tributarios 2010 a 2012, únicas probanzas acompañadas sobre el punto, aun cuando podrían constituir la base para presumir una renta promedio, no resultan suficientes para avaluar el monto concreto de



aquello que efectivamente se dejó de percibir por su sucesión.

A esa conclusión se arriba luego de examinar dichas declaraciones y constatar que no aportan mayores datos respecto de los retiros que en ellas aparecen y que sustentan el cálculo realizado por los actores; en efecto, nada se acreditó en cuanto a si ellos provienen de una o más sociedades y, si así fuera, de su naturaleza jurídica, su objeto social y su vigencia; como tampoco su evaluación precisa y su percepción constante por la víctima, de modo de poder conectar causalmente su pérdida con la falta de servicio cometida por la demandada. De este modo, los demandantes no dieron cumplimiento a lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil, que hace recaer en ellos el peso de la prueba en esta materia.

3° Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo de los actores se construye sobre la base de que aquel lucro cesante sería cierto y, en cuanto a su monto, estaría constituido por aquel que se expresa en la declaración de renta bajo el código "retiros", dividido por los 12 meses del año, ello, para cada una de las tres anualidades anteriores al fallecimiento.

Sin embargo, tal como ya se ha expresado, tales hechos no han sido asentados en la causa, muy por el contrario,



los fallos de primer y segundo grado concluyen que el lucro cesante y su monto no fueron acreditados.

4° Que la variación de los hechos asentados en la causa es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. En efecto, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo cual significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero los hechos como soberanamente los han dado por probados o sentados los magistrados a cargo de la instancia no pueden modificarse por esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba.

5° Que, como reiteradamente esta Corte lo ha precisado, las normas reguladoras de la prueba se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el "onus probandi" o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley les asigna uno preciso de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga, nada de lo cual ha ocurrido en este caso.



Ninguna de estas disposiciones es acusada como infringida en el recurso, puesto que únicamente se denuncia la transgresión de normas sustantivas.

6° Que, en consecuencia, los hechos asentados en la sentencia recurrida resultan inamovibles para este Tribunal de Casación, pudiendo inferirse que el recurso se construye contra ellos e intenta variarlos, proponiendo otros que a juicio de la recurrente estarían probados y que no se establecieron por los jueces del fondo, todo lo cual impide, en concepto de esta disidente, el acogimiento del arbitrio.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro (S) señor Zepeda y la prevención y disidencia, de sus autores.

Rol N° 5572-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 29 de mayo de 2020.





HGCLPXDNXX

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veintinueve de mayo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

