

EL CONCEPTO DE FALTA PERSONAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Jorge Ruiz Aguilar

Magíster en Derecho, Mención Derecho Público.
Profesor de Derecho Administrativo Universidad San Sebastián

jorruag@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto determinar el concepto de falta personal y su relación con el de falta de servicio, para lo cual se revisan, desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, los diversos criterios diferenciadores entre ambas ideas con el propósito de precisar el ámbito de aplicación de la falta personal para vincularlo con el derecho de repetición, a fin de encontrar un punto de equilibrio entre ambas nociones a través de una interpretación armónica de la normativa existente que dé coherencia al régimen de responsabilidad, ponderando de manera adecuada hasta dónde resulta posible imputar al Estado y en qué situaciones solo podrá perseguirse al agente público.

Palabras clave: *falta de servicio, falta personal, repetición.*

ABSTRACT

This study aims to determine the concept of personal failure and their relationship with the lack of service, for which are reviewed from a doctrinal and jurisprudential point of view, the various differentiating criteria between the two ideas with the purpose of specifying the scope of personal failure to link it to the right of recourse, in order to find a balance between the two notions through a harmonious interpretation of existing regulations that give coherence to the liability regime, pondering properly until where it is possible to impute to the State and in what situations can only be pursued to the public agent.

Keywords: *personal fault, lack of service, right of recourse.*

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el tema de la responsabilidad del Estado representa una de las materias de mayor trascendencia en el ámbito de la actividad de la Administración Pública y constituye uno de los elementos indispensables en la configuración de todo Estado de Derecho, llegando a considerarse, junto con el principio de legalidad y la garantía de las acciones contencioso-administrativas, como uno de los grandes soportes del derecho administrativo¹. Hauriou² sostenía que “*las dos principales teorías del derecho administrativo son las del recurso contencioso-administrativo contra las decisiones ejecutorias de la administración y las responsabilidades pecuniarias en que incurre la administración en el ejercicio de su actividad*”.

Para Bielsa, “*la responsabilidad del Estado es una cuestión de garantía y no de responsabilidad*”³. Sin embargo, esto no siempre fue así, y si esta institución ha llegado al actual estadio en que se encuentra, ello es fruto de una larga evolución, la que parte con una época en que se entendía la absoluta irresponsabilidad del Estado hasta llegar a su categórico reconocimiento.

En este sentido, Charles Rousseau daba un esquema evolutivo de la responsabilidad dividido en cuatro momentos:

- i) etapa en que se considera únicamente la responsabilidad personal del funcionario;
- ii) se admite la responsabilidad del Estado, pero surge el problema de hallar su regulación normativa;
- iii) se recurre al Código Civil francés, responsabilidad fundamentada en la noción de culpa, y
- iv) principios del derecho público, independientemente del derecho privado⁴.

Desde la antigüedad, el Estado era “*irresponsable, omnipotente y omnisciente*”⁵. Esta irresponsabilidad se basaba, ya sea en la naturaleza celestial de los reyes y emperadores, ya

¹ HOYOS, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1984, p. 19.

² Citado por Eduardo García de Enterría en LEGUINA, Jesús, *Responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Edit. Tecnos, 1970, p. 21.

³ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1957, V, p. 35.

⁴ ROUSSEAU, Charles, *Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo*. Trad. de Gerardo Molina, Bogotá, Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz Editores, 1956.

⁵ COLOMBO, Leonardo, *Culpa Aquiliana*, Buenos Aires, La Ley S.A., 1965, I, p. 467.

sea en otro artificio⁶. Los monarcas poseían poder absoluto sobre su reino⁷. Expresiones tales como *the king can do not wrong* o *le roy ne peut mal faire* o *rex non potest peccare* daban cuenta de una época en la que imperaba el absolutismo, donde los monarcas fundamentaban su poder y se legitimaban en el cargo amparados en el origen divino de su magistratura, constituyéndose en dogma irrefutable la idea de que el rey no podía causar daño⁸.

Estas nociones de raigambre teocrática justificaban la imposibilidad de hacer responsable al Estado –cuya cabeza visible era el rey– de daños que causaban los súbditos de su reino⁹. Todo lo cual daba sentido a los dichos de Laferrière: “... *le propre de la souveraineté c’est de s’imposer à tous sans compensations*”¹⁰. La posibilidad de hacer responsable a la Administración Pública y no solo al agente público se fue cimentando, por una parte, en el desarrollo del principio de legalidad con posterioridad a la Revolución Francesa y, por otra, en el surgimiento de la noción de servicio público, concebida por Duguit como la “*verdadera razón del Estado*”¹¹.

El Estado comienza a enfrentar una creciente demanda social que lo compele a asumir un rol prestacional, pasándose de una administración liberal abstencionista a otra intervencionista. Al tratarse al Estado en términos de servidor público, mal podría considerarse irresponsable, como afirma Vedel, toda vez que, tal como aseveró Duez, “*la responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas*”¹². Este intervencionismo estatal no solo multiplica los servicios públicos, sino que también aumenta las posibilidades de causar daño, lo que implica que al perder el Estado el ropaje

⁶ HUEPE, Fabián, *Responsabilidad del Estado por falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 24. Cita a BIELSA, quien dice que en Esparta y Atenas el Soberano (sea la monarquía, la aristocracia o la democracia, que, según la época, gobierna) dispone libremente de los bienes de los ciudadanos, y no es responsable de sus actos, sino ante la divinidad, de la cual se considera él una emanación. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Roque de Palma, 1957, IV.

⁷ PORTIÑO, Alejandra, *La responsabilidad legal del Estado y del médico en caso de negligencias médicas*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2003, p. 25.

⁸ PANTOJA, Rolando, *El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 15.

⁹ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ Citado por HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 6.

¹¹ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 10.

¹² *Ibidem*.

de *pouvoir neutre* y convertirse en una vasta y omnipresente organización prestadora de servicios a los particulares, adquiere una creciente prepotencia, quedando el individuo a su merced en un número cada vez mayor de relaciones de su existencia individual, lo que significa un cambio en la forma de plantear la responsabilidad¹³.

2. EL ORIGEN DE LA FALTA DE SERVICIO

Desde un punto de vista histórico, el sistema de imputabilidad de responsabilidad del Estado fundada en la falta de servicio encuentra su origen en el Derecho francés, en donde existía la obligación preliminar¹⁴, para el particular que quisiera demandar al funcionario al que se le imputaba el hecho causante del daño, de solicitar autorización al Consejo de Estado para poder accionar en contra de aquel ante los tribunales de jurisdicción ordinaria, fundado esto en la idea de que, de permitirse la acción directa en contra del funcionario, se atendería contra el principio de separación de poderes.

Al exigirse la referida autorización, el Consejo de Estado debía pronunciarse si, en definitiva, la conducta del funcionario era susceptible de persecución ante la justicia ordinaria según las normas propias del derecho civil, para lo cual este órgano debía concluir que en la especie se configuraba una “falta personal” que habilitaba a recurrir solo en contra del funcionario responsable, desligándose al Estado de toda persecución por parte del afectado. Por esa razón es que también se le llamó a este sistema el de *garantía de los funcionarios*¹⁵. Así se estructuró un eje fundamental, determinado por la falta de servicio y la falta personal. Si en el caso particular no se acreditaba la intervención del funcionario – falta personal–, correspondía al Estado responder. Es decir, por la vía de la exclusión, se atribuyó responsabilidad al Estado, estableciéndose la falta de servicio como título de imputabilidad.

Esta idea decantó en dos fallos de trascendencia emblemática dentro de la jurisprudencia francesa, determinantes en el desarrollo posterior del régimen de responsabilidad: el arrêt *Blanco* y el arrêt *Pelletier*, ambos de 1873. En el primero de ellos¹⁶ se asentó así el

¹³ FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, trad. de Legaz y Lacambra –Garrido Falla, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 419.

¹⁴ La obligación acá aludida se encontraba establecida en el artículo 75 de la Constitución del año VIII, el cual prescribía: “*Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno sólo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios*”.

¹⁵ VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 273.

¹⁶ En arrêt *Blanco* el Tribunal de Conflictos resolvió que “*la responsabilidad patrimonial que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por culpa de las personas que emplea en el servicio público, no se rige por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a*

principio conforme al cual la responsabilidad del Estado no se puede regir por las mismas normas del derecho civil, debiendo someterse a un estatuto normativo propio, idea que ha sido aceptada hasta nuestros días en la doctrina nacional¹⁷.

Por su parte, para comprender la relevancia del arrê *Pelletier*, cabe señalar previamente que el trasfondo de dicho fallo era la discusión de si resultaba aplicable en la especie el decreto de 19 de septiembre de 1870, el cual vino a derogar el artículo 75 de la Constitución del año VIII y en el cual se consagraba la garantía de protección de los funcionarios del Estado respecto de los cuales se debía obtener la autorización previa del Consejo de Estado para accionar en su contra ante la justicia ordinaria. Sobre dicha cuestión, el Tribunal de Conflictos consideró que no podía permitirse demandar libremente respecto de los actos de la Administración, excluyendo del ámbito de la jurisdicción ordinaria las causas sobre el funcionamiento de los servicios públicos y sentando, de paso, las bases de la distinción entre el hecho de la función (falta de servicio) y el hecho personal (falta personal)¹⁸.

Conforme a este fallo, se entiende que la culpa personal es aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatarla, sin por ello entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la Administración. Por el contrario, la falta de servicio es un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio.

A partir de ambas sentencias se entendió que la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares no podía regirse por las normas del Código Civil, y que debía distinguirse entre la falta de servicio y falta personal para poder perseguir como responsable de los daños al Estado o al funcionario, respectivamente. En efecto, la doctrina y jurisprudencia francesa originaria sostenían que la falta personal y la falta de servicio eran excluyentes la una de la otra y, por lo tanto, no había lugar para la coexistencia de ambas responsabilidades: o respondía el funcionario o respondía la Administración¹⁹. Estas ideas, como veremos más adelante, a pesar de haber evolucionado

particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

¹⁷ SOTO, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. El Principio de Juridicidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 308.

¹⁸ Esta sentencia afirma: “*Considerando que la demanda del señor Pelletier se basa exclusivamente sobre un acto de alta policía administrativa; que fuera de este acto –de incautación de los números impresos del periódico de su propiedad– no se enrostra a las autoridades que lo dictaron y lo hicieron cumplir, ninguna falta personal apta para comprometer sus responsabilidades particulares, lo que hace que en realidad la acción esté dirigida contra ese preciso acto por medio de las personas de los funcionarios que lo ordenaron o cooperaron a su ejecución”.*

¹⁹ HUEPE, Fabián, *op. cit.*, p. 66.

en Francia parecen mantener su vigencia en Chile en algunas sentencias, que reiteran esta dicotomía excluyente entre la falta de servicio y la falta personal.

La evolución posterior experimentada por el Derecho francés llevó a aceptar la posibilidad de la coexistencia de ambas faltas, es decir, un mismo hecho podría significar al mismo tiempo falta de servicio y falta personal, en el arrêt *Anguet* (1911)²⁰, en donde el Consejo de Estado admitió el cúmulo de faltas, toda vez que el origen del daño sufrido por la víctima se encontraría en una doble culpa: una personal, representada por la agresión de los empleados, y la otra, la del servicio, derivada del mal funcionamiento de este, producto del cierre de la puerta destinada al público antes de la hora reglamentaria.

En otros casos, la jurisprudencia francesa evidenció que podría existir una falta personal cometida por el funcionario con los medios o instrumentos puestos a su disposición por el servicio, en cuyo caso ya no se trataría de un simple cúmulo de faltas, sino que de una sola falta –la personal– que compromete la responsabilidad de la Administración²¹. Este criterio se aprecia en el llamado caso *Lempereur* (1918)²², donde el Consejo de Estado resolvió que “*considerando que en realidad el daño de que se trata fue la consecuencia de un uso colectivo hecho por la tropa de la propiedad; que por tanto, y sin que haya lugar a indagar si hechos particulares podrían ser imputados a los soldados que componían los numerosos cuerpos de tropa que se sucedieron en la quinta, ese daño debe ser considerado como ocasionado por las tropas en sus alojamientos o acantonamientos*”²³.

Con mayor claridad lo expone la sentencia del caso *Lemonnier* (1918), donde se sostuvo por el Consejo de Estado francés que “*considerando que la circunstancia de que el accidente fuera la consecuencia de una falta de un agente administrativo designado para la ejecución de un servicio público, falta que tendría el carácter de un hecho personal*

²⁰ En este caso, el señor Anguet acudió a una oficina de correos momentos antes de la hora de cierre de la puerta de entrada destinada al público, lo que ocurre antes de la hora reglamentaria. Un empleado del servicio le aconseja utilizar la puerta de salida reservada al personal. Cuando el señor Anguet se dirige hacia la calle, los empleados que estaban en las oficinas interiores piensan que se trata de un ladrón y lo golpean, producto de lo cual el señor Anguet se cae y se rompe una de sus piernas.

²¹ HUEPE, Fabián, *op. cit.*, p. 68.

²² Durante la guerra de 1914, varias compañías de un regimiento debieron utilizar como refugio una vivienda cercana al frente de batalla. Mientras los soldados permanecieron en esa casa cometieron una serie de daños y depredaciones en el mobiliario; varios objetos fueron sustraídos y la edificación sufrió graves daños. Algunos de estos hechos constituían faltas graves y verdaderos delitos que, de acuerdo con la doctrina de la época, serían faltas personales. Ante la imposibilidad de identificar en forma individualizada a los culpables de estos actos, el perjudicado dirigió su acción en contra del Estado francés. No deja de ser curiosa la similitud de este caso con lo acontecido en Chile un poco antes en “Morán con Fisco” (1906), primera sentencia donde figura la idea de falta personal en nuestro país.

²³ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 55.

susceptible de acarrear la condenación de ese agente por los tribunales judiciales al pago de daños y perjuicios, y que, aun en el caso de que esa condenación hubiera sido efectivamente pronunciada, aquella circunstancia no podría tener por consecuencia el privar a la víctima del accidente del derecho de perseguir directamente la reparación del perjuicio sufrido contra la persona pública a cuyo cargo está la gestión del servicio incriminado”. Continúa señalando que “si la falta personal ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servicio a la disposición del culpable por efecto del juego del servicio, si en una palabra, el servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de sus consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, el juez administrativo podrá y deberá decir: la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta”²⁴.

En otras palabras, con ello se establecía que incluso en aquellos casos en que la falta pudiera separarse, si el servicio ha contribuido en parte en la producción del daño, obviamente se ve comprometida la responsabilidad también de la Administración.

3. LA FALTA DE SERVICIO EN LA NORMATIVA CHILENA

Nuestra legislación actual reconoce tanto la falta de servicio como la falta personal; sin embargo, este reconocimiento está lejos de ser exhaustivo. El punto de partida se encuentra en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), que establece que “*los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio*”. Agregando en su inciso segundo que “*no obstante, el Estado tendrá derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”. Esta misma idea se reitera en el artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCMUN), conforme al cual “*las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio*”. Y en su inciso segundo reitera la norma sobre el derecho de repetición en contra del funcionario.

Se incorpora, asimismo, a este escenario normativo recién expuesto la Ley N° 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud, más conocida como Ley AUGE, la que dispone en su artículo 38 que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. A su vez, en el inciso tercero de dicho precepto se indica que tales órganos, que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones y en virtud de cuya

²⁴ *Ibidem*.

actuación el servicio fue condenado. Igualmente, el artículo 42 de la citada ley señala que el Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente de su obligación de asegurar el otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud.

Dado lo señalado precedentemente, queda de manifiesto la escasez normativa respecto de la falta de servicio, que se manifiesta en el exiguo tratamiento de esta institución al no establecer un concepto –que no necesariamente es una desventaja, dadas las complicaciones derivadas de las definiciones legales–, así como de sus elementos integradores y los criterios de diferenciación con la falta personal, entre otros aspectos. A eso hay que sumar el verdadero caos en la regulación de esta materia, al no existir uniformidad ni coherencia en las pocas disposiciones que regulan la falta de servicio; máxime si consideramos que la Ley AUGE vino, aparentemente, a alterar el escenario existente y a generar incertezas mayores, sobre todo en cuanto a la falta personal, a la que ignora completamente.

Ahora bien, sobre el concepto de falta de servicio se ha sostenido por la doctrina nacional –siguiéndose en esta parte a los autores franceses– que se produce cuando el órgano cuya conducta motiva la demanda funciona mal, no funciona debiendo funcionar o funciona tardíamente²⁵ o bien, que la constituye la mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse a un servicio público moderno y a lo que debe ser su comportamiento normal²⁶.

4. CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE LA FALTA DE SERVICIO Y LA FALTA PERSONAL

Como ya hemos insinuado, trazar el límite entre la falta personal y falta de servicio permitirá determinar cuándo es procedente hacer cargar al agente las consecuencias dañosas de los actos que ejerce en el servicio, toda vez que imponer una responsabilidad personal excesiva podría entrañar un debilitamiento –incluso una paralización– en el ejercicio de la función pública²⁷.

Resulta del todo conveniente llegar a un punto de equilibrio a fin de compatibilizar la dicotomía entre ambas ideas debido a que, tal como lo expresa Laubadère, el interés general impone necesariamente una solución combinada y equilibrada: no es conveniente que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o encubierta, pues esa ausencia de sanción estimularía sus negligencias; pero sería igualmente inconveniente que

²⁵ Enrique Silva Cimma, citado en PORTIÑO, Alejandra, *op. cit.*, p. 64.

²⁶ Pedro Pierry Arrau, citado en PORTIÑO, Alejandra, *op. cit.*, p. 64.

²⁷ VALDIVIA, José Miguel, “La responsabilidad del Estado en Francia”, en MARÍN, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 60.

una responsabilidad excesiva y automática pusiera en peligro de paralizar sus iniciativas o aun de impedir su disposición a participar en el servicio. En el mismo sentido, una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de los hechos que él habría podido normalmente evitar²⁸.

Por ende, hay que considerar la diversidad de criterios que se han utilizado a fin de lograr una adecuada diferenciación que al menos entregue parámetros de certeza para distinguir la falta de servicio de la falta personal.

Para la doctrina francesa, una primera postura estima que si el acto dañoso es impersonal, si revela a un administrador, un mandatario del Estado, más o menos sujeto a error, y no al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, el acto es administrativo (falta de servicio) y respondería el Estado. Si, al contrario, la personalidad del agente se manifiesta por faltas de derecho común, por una vía de hecho, el acto pierde entonces su carácter de administrativo, siendo responsabilidad del sujeto (falta personal). Esta posición corresponde a la de Laferrière y a la cual Gaudemet ha denominado la doctrina de las “pasiones personales”²⁹.

Una segunda sostiene que se debe auscultar el ánimo, la actitud subjetiva del agente en el momento de cometer el hecho y si en esta prevalece la intención dañosa, el *animus nocendi*, el propósito maligno, la falta es personal, donde el funcionario busca un beneficio particular o satisfacer una venganza personal. En una postura similar dentro de esta corriente, sostenida por Hauriou, la falta personal se establece con base en el criterio de la separabilidad, el hecho personal del funcionario se presenta cuando la acción es una circunstancia separable del acto administrativo. Para Hauriou, por su parte, predominan en la falta personal los criterios intencionales, a saber: cuando la voluntad o intención del agente es no actuar conforme a la ley o al servicio; esto combinado con los otros conceptos objetivos de las circunstancias separables y del incumplimiento de las costumbres del servicio³⁰.

Una tercera posición, sostenida por León Duguit, se fundamenta en la finalidad, en el sentido de que los organismos administrativos han sido dispuestos con el único fin de servir a la comunidad, por lo que los daños que en el cumplimiento de esa misión sobrevengan no son imputables personalmente al funcionario, ya que no pueden separarse de la labor a él encomendada, constituyendo una falta de servicio³¹.

²⁸ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 51.

²⁹ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, *Droit administratif general*, 16 édition, París, Librairie générale de droit et jurisprudence E.J.A., 2001, p. 784.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, pp. 52-53.

4.1 El principal criterio de la distinción: la separabilidad

De todos los criterios que pudieran considerarse, el que nos parece más acertado para dilucidar el dilema de la distinción entre la falta de servicio y la falta personal es el de la separabilidad, conforme al cual cabe diferenciar entre faltas separables y faltas no separables. Una falta no es separable cuando ella no puede ser desligada o aislada del funcionamiento del servicio. En tal sentido, falta no separable, falta de servicio y falta simple son generalmente expresiones idénticas³².

Por su parte, falta personal es aquella que muestra al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia; habiendo falta personal cada vez que el hecho perjudicial cometido por el agente está desprovisto de todo vínculo con el servicio. En este sentido, falta personal y falta separable son expresiones análogas. En un estadio más preciso, podría sostenerse que primero habría que distinguir entre falta personal y falta de servicio y, posteriormente, dentro de las faltas cometidas por los funcionarios, las personales que se separan y las que no se separan del ejercicio de las funciones.

Por lo mismo, algún sector de la doctrina nacional ha entendido que la falta cometida fuera del servicio es normalmente separable; luego es personal; no obstante el Estado puede –en ciertos casos– ser responsable por una falta de este tipo cuando el accidente no podría ser considerado como desprovisto de todo vínculo con el servicio³³. Así entonces, puede entenderse la falta personal como aquella cometida por el agente cuando se encuentra desprovisto de todo vínculo, haciendo sinónimas la expresión de falta personal con falta separable. En estos casos, no responde el Estado, sino el funcionario, en su ámbito privado.

Sin embargo, la conceptualización del término que nos interesa no se agota en los argumentos señalados precedentemente, toda vez que la doctrina nacional, en su afán de ir precisando estos alcances, ha distinguido a su vez entre falta material e intelectualmente separable. Al hablar de una falta separable intelectualmente, nos encontramos frente a aquellos casos en que estando el funcionario materialmente en el ejercicio de sus funciones, realiza actos con intención extraña al servicio público, de manera que no podrían ser considerados como falta de servicio. En consecuencia, deben ser calificadas como faltas personales o, más bien dicho, como faltas intelectualmente separables³⁴.

³² CALDERA, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 518-520.

³³ *Ídem*, p. 522.

³⁴ HUEPE, Fabián, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

En definitiva, pueden existir faltas personales o, dicho de otra forma, faltas, ya sean material o intelectualmente separables. En este sentido, hay falta de servicio, o sea, una falta no separable (ya sea material o intelectualmente) cuando ella “no pueda ser desligada o aislada del funcionamiento del servicio y hay falta personal cada vez que el hecho perjudicial cometido por el agente está desprovisto de todo vínculo del servicio”³⁵.

Estas consideraciones han llevado a un nuevo nivel de distinción terminológica, representado por la idea de *falta personalísima*, como concepto desvinculado definitivamente del de falta de servicio. Ello por cuanto acá se destaca la importancia de la reprochabilidad personal del funcionario en la constatación de la falta de servicio, en donde a través de dicho examen se puede llegar a detectar la ausencia total de falta de servicio por concurrencia de la llamada falta personalísima, que corresponde a la falta cometida por un funcionario público, pero sin conexión alguna con las funciones y atribuciones propias del servicio público y en la que solo cabe la responsabilidad exclusiva del funcionario, pues el servicio público no ha incurrido en falta de servicio, sino que el resultado dañoso solo se debe a la actuación particular del funcionario, en un margen de absoluta participación de sus móviles personales y fuera del alcance estatal. Nos encontramos, entonces, en la falta personalísima, ante la falta personal por la cual el Estado no responde, toda vez que es separable del ejercicio de la función pública³⁶.

4.2 Otros criterios de distinción

La doctrina ha considerado otros elementos que resulta necesario mencionar, por cuanto a través de ellos se pueden incorporar herramientas útiles en la tarea de conceptualizar la falta personal: el nivel de negligencia o gravedad de la falta del funcionario y los estándares de servicio. Es así como se ha sostenido que también habría falta personal cuando ha existido por parte del autor una grave imprudencia o ha actuado con extrema negligencia o gravedad, como por ejemplo cometiendo un delito³⁷. Este criterio ha merecido un cierto nivel de aceptación al regularse las situaciones en que el Estado podrá repetir en contra del funcionario autor del hecho dañoso³⁸.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ LETELIER, Raúl, “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, Valparaíso, (2002), p. 349.

³⁷ PIERRY, Pedro, “Responsabilidad extracontractual del Estado por delitos cometidos por sus funcionarios”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, VII, (1983), Valparaíso, pp 284-285.

³⁸ En cuanto a en qué casos el órgano administrativo podrá repetir en contra del funcionario existe cierta disparidad. En efecto, las leyes N°s. 18.575 (LOCBGAE) y 18.695 (LOCMUN) establecen el derecho de repetición en contra del funcionario que incurre en falta personal. Sin embargo, en la Ley N° 19.640 (LOCMINPUB) se repite en contra del funcionario que incurre en culpa grave o dolo y en la Ley N° 19.966,

Para Jèze, la falta personal es esencialmente la negligencia grave del funcionario, ya sea como error de hecho o violación manifiesta o grosera de la ley penal³⁹; por tal razón este criterio resultaría más fácil aplicarlo a situaciones derivadas de negligencias médicas o de delitos cometidos por los funcionarios públicos. Se enfatiza acá en que la falta personal se define únicamente por la gravedad de la conducta de un funcionario, pudiendo una conducta acreedora de sanción disciplinaria no ser considerada como falta personal, sino que como falta de servicio, atendido a que no reviste caracteres de extrema gravedad⁴⁰.

Por su parte, un estándar es un parámetro, un modelo que nos sirve al momento de cuantificar o aquilatar una actuación o una obra; si se adapta o no al estándar podremos determinar si se ajusta o no lo que estemos midiendo en cada caso. Al respecto, se ha sostenido que la falta de servicio está constituida por una mala organización o funcionamiento defectuoso de los organismos públicos, apreciados objetivamente y referidos a lo que podría esperarse de un servicio público y exigirse como comportamiento normal. Por ello mismo, se insiste que en la falta de servicio la persona del funcionario no interesa, ya que este no es responsable civilmente ante la víctima ni ante la Administración y para el caso en que sea perfectamente individualizable, su acción u omisión puede no ser constitutiva de una falta administrativa, siendo este hecho, en todo caso, independiente de la falta de servicio⁴¹.

Si interpretamos correctamente lo anterior, ¿podríamos sostener que la diferenciación entre la falta de servicio y la falta personal se encuentra en elementos objetivos vinculados con estadios de normalidad, tanto normativa como fáctica? ¿Podrían establecerse niveles de exigencia claramente definidos y circunscritos, a saber: arquetipos o modelos abstractos de comparación similares a los que se utilizan en el Código Civil, tales como el del *buen padre de familia* o del *hombre prudente*?

La dicotomía falta de servicio-falta personal se ha construido sobre la base del modelo francés de responsabilidad del Estado, en donde la jurisprudencia ha concebido la falta de servicio como la infracción a un deber objetivo de conducta que es análogo al concepto civil de culpa⁴².

sobre Régimen de Garantías en Salud (Ley AUGE), se repite en contra del funcionario que actúa con imprudencia temeraria o dolo.

³⁹ GAUDEMET, Ives, *op. cit.*, p. 784.

⁴⁰ PIERRY, Pedro, “La falta de servicio en la actividad médica”, en *Revista de Derecho*, N° 8, agosto (2003).

⁴¹ PIERRY, Pedro, “Responsabilidad extracontractual...”, p. 284.

⁴² BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 506.

Por tal razón, se ha sostenido que “*ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública*”⁴³.

En ambas situaciones se puede apreciar un enfoque en la víctima del daño, sustentándose en lo que esta pueda legítima y razonablemente esperar en el accionar del otro sujeto, sea la persona natural, en el caso de la culpa civil, o del órgano del Estado, en el de la falta de servicio. Sin embargo, no hay que dejar de considerar las particularidades que presenta la actividad de la administración pública, que nos debe conducir a asumir que las reglas aplicables en materia de estándares necesariamente deben diferir de las aplicables al ámbito privado.

Al respecto se ha llegado a sostener que la peculiaridad de esta teoría se halla justificada por la propia naturaleza del Estado y la misión de carácter social que cumple. La complejidad que reviste la administración pública, en relación con la privada, exige un tratamiento distinto, que debe encararse a partir de parámetros propios⁴⁴.

5. LA FALTA PERSONAL

Resulta del todo necesaria en nuestro estudio la determinación de un concepto de falta personal que nos permita diferenciarlo, pero, simultáneamente, entender su estrecha relación con la falta de servicio.

Aproximándonos al tema, René Chapus precisó tres tipos de faltas personales. El primer tipo de falta personal correspondía a faltas cometidas en el ejercicio propio de las funciones, en las cuales había que considerar, a su vez, tres hipótesis posibles:

- i) aquella en que un agente público ha estado ejerciendo sus funciones influenciado por preocupaciones de orden privado (personales);
- ii) aquellas donde el agente se entrega a algunos excesos de comportamiento, como en el caso de ingesta de bebidas alcohólicas o la utilización de expresiones ordinarias u obscenas o calumniosas, y
- iii) las que no se encuentren en las situaciones anteriores, pero correspondan a comportamiento inexcusable por parte del agente.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, pp. 14-15.

El segundo tipo de falta personal –según Chapus– está representado por las faltas cometidas fuera del ejercicio de funciones, pero que no carecen de relación con ellas o no desprovistas de relación con ellas. Finalmente, el tercer tipo de falta personal corresponde a aquella que carece de conexión con el servicio y que se origina en actos exclusivamente personales, denominada también falta personal o personalísima⁴⁵.

Se ha entendido que en los dos primeros supuestos planteados por Chapus habría acumulación de falta de servicio y, por ende, responde el Estado y este, a su vez, puede ejercer acción de reembolso en contra del funcionario responsable. No así en el tercer caso, en el que solo tendría que responder el funcionario y no la Administración⁴⁶. Ahora, si consideramos la doctrina nacional, Pierry distingue –al menos– tres tipos de falta personal: aquellas cometidas en el ejercicio de sus funciones; las cometidas con ocasión de su función y, en tercer lugar, aquellas desprovistas de todo vínculo con el servicio⁴⁷. Las dos primeras se absorben por la falta de servicio y, por ende, serían de responsabilidad del Estado y en este caso no habría repetición, ya que el Estado respondería de deudas propias y no de deudas ajenas. En el tercer caso tendría que responder el funcionario y no el Estado, por lo que acá tampoco tendría sentido repetir, porque el Estado no tendría por qué haber pagado.

Bermúdez asocia la falta personal con los deberes y obligaciones de un funcionario: “... *si producto del ejercicio de la función pública el funcionario incurre en una falta y ésta causa un daño a un particular, será la Administración la que deberá responder de dicho daño directamente, sin perjuicio del poder que tiene esta última de repetir por lo pagado en contra del funcionario culpable de la falta*”⁴⁸. Este autor considera que un aspecto importante a considerar en materia de falta personal es el de la vinculación de su determinación con los procedimientos disciplinarios mediante los cuales se persigue hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, esto es, la investigación sumaria y el sumario administrativo, que de hecho considera un elemento previo.

Es así como este autor distingue tres situaciones de falta personal:

- a) Incumplimiento de los deberes funcionarios relativo al ámbito de la actuación propia de la Administración del Estado de que depende. Como en caso del tráfico de

⁴⁵ CHAPUS, René, *Droit Administratif Générale*, París, Ed. Montchrestein, 2001, tome I, pp. 1387-1394.

⁴⁶ PORTIÑO, Alejandra, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷ PIERRY, Pedro, “Repetición del Estado contra el funcionario”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVI, (1995), pp. 349 y sgtes.

⁴⁸ BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010, p. 314.

influencias o faltas a la probidad. Aquí responde la Administración, pero puede posteriormente repetir en contra del funcionario responsable.

b) Falta separable o incumplimiento de sus deberes funcionariales (sic) que no tienen relación con el giro que presta la Administración del Estado. Es decir, se puede separar la falta del funcionario de la prestación de la Administración. Como cuando un vehículo de un servicio público atropella a una persona.

c) Falta personalísima. En este caso la Administración no sería responsable y se debe perseguir la responsabilidad del autor de la falta. Por ejemplo, un funcionario que hiere a una persona en un raptó de celos⁴⁹.

Deja fuera las situaciones de actos privados del funcionario, donde obviamente solo responde el funcionario en su esfera privada.

La relación entre ambas ideas puede resumirse en que la responsabilidad del Estado siempre estará circunscrita a una situación de falta: el Estado responderá siempre, mas luego podrá repetir contra el funcionario que incurrió en falta personal. Es decir, o responde por una falta de servicio en la cual no pueda descubrirse la falta personal o responde porque la falta personal fue precisamente la que reveló la falta de servicio⁵⁰.

Para Letelier, la falta de servicio, en cuanto a su origen, puede ser revelada de dos maneras: por falta anónima o por falta radicada. En la primera no será posible determinar claramente qué funcionario administrativo realiza el acto dañoso. En la segunda es posible determinar claramente qué funcionario administrativo desencadenó, en ejercicio de actividad estatal, el resultado dañoso⁵¹. La falta personal integra la falta de servicio, ya que juzgada que se encuentra la inexistencia de la falta personal, ella produce cosa juzgada en el juicio indemnizatorio, pues no se constituye la falta de servicio que debe presentarse para dar lugar a la pretensión indemnizatoria. Asimismo, tal como la constatación de inexistencia de falta personal inhibe la falta de servicio, su acreditación la deja establecida⁵².

Ahora, cuando en ciertos casos no estamos en presencia de falta de servicio bajo ninguna circunstancia, sino ante una situación de reprochabilidad del funcionario, estaríamos en presencia de una falta personalísima, la que según Letelier, es la cometida por un funcionario público, pero sin conexión alguna con las funciones y atribuciones propias del servicio público. El único que puede responder es el funcionario, pues el servicio público

⁴⁹ *Ídem*, p. 315.

⁵⁰ *Ídem*, p. 346.

⁵¹ LETELIER, Raúl, *op. cit.*, p. 346.

⁵² *Ídem*, p. 347.

no ha incurrido en falta de servicio, sino que el resultado dañoso solo se debe a la actuación particular del funcionario, en un margen de absoluta participación de sus móviles personales y fuera del alcance estatal.

En este punto, es determinante la distinción que hizo Pierry Arrau entre delitos en el ejercicio de la función, con ocasión de la función y sin relación con la función⁵³.

Ahora bien, si se quiere dar sentido y coherencia a la relación “falta personal-derecho de repetición del Estado” no nos basta el modelo francés original, toda vez que debería existir una falta personal que vincule lo realizado por el funcionario con el órgano administrativo dejando, además, en claro que evidentemente en algunas situaciones el Estado no tendrá ninguna relación con los hechos, tanto así que no sería responsable ni habría repetición posible. Para esta última alternativa es que creemos ver una salida en la existencia de un tercer estadio: la falta personal pura y simple o personalísima, esto es, la falta por la cual el Estado no responde, toda vez que es separable del ejercicio de la función pública.

Esto último ha sido reconocido por la jurisprudencia de los tribunales cuando, al referirse a la acreditación del dolo del funcionario público, sostuvo que la acción “*que se atribuye al funcionario querellado no tiene relación alguna con las prestaciones médicas en procura de lo cual, como ya se ha dicho, fue atendida la paciente, por lo cual responde a una actitud personalísima del propio querellado, que en concepto de este magistrado es ajena a la atención del servicio*”⁵⁴.

6. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia chilena relativa a esta materia se ha caracterizado por ser poco precisa o al menos vacilante en la distinción entre las diversas manifestaciones de la falta personal y colabora, a su vez, con el desorden y poca prolijidad reinante en el tratamiento de la institución que nos ocupa. Ello porque en el derecho nacional la falta de servicio equivale a toda especie de falta por la que el Estado responde definitiva o provisoriamente. Sin tener que calificar la culpa como falta personal o falta de servicio en sentido técnico, los tribunales se limitan a constatar la mera concurrencia de falta por la cual la Administración debe responder⁵⁵.

Además, los fallos sobre la materia se han caracterizado por utilizar de manera irregular y caótica diversos criterios para determinar si responde el Fisco o no o bien, los mismos

⁵³ PIERRY, Pedro, “Responsabilidad extracontractual”, pp. 294 y sgtes.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 20.500-B, Vargas Lepio, 2001.

⁵⁵ VALDIVIA, José Miguel, “Nuevas fronteras sobre la falta de servicio”, en *Gaceta Jurídica*, vol. 301, julio, (2005), pp. 11-12.

criterios, pero entendidos de diversas maneras, aplicándolos en algunos casos o desconociéndolos en otros. Aún más, de tales sentencias se desprende un concepto de falta personal idéntico al que originalmente se concibió en Francia, esto es, como aquella en la cual no debe responder el Estado.

Dentro de los fallos que han tratado de precisar conceptos, se puede mencionar, en primer lugar, el caso *Beltrán con Fisco* (Corte de Apelaciones de Santiago, 1997)⁵⁶ en el cual se indicó que “*si se considera que la muerte de la persona aludida no guardó relación con la labor funcionaria de quien la provocó, pues no fue cometida en un acto de servicio ni con ocasión del mismo, es necesario concluir que se trata de un hecho jurídico de carácter personal, que se rige por el derecho común en lo referente a indemnizaciones y no por el derecho público no obligando, por ende, al fisco*” (considerando 4°). Mientras que en su considerando 5° agrega que “*... la circunstancia de portar la referida persona un arma proporcionada por el Fisco en nada modifica lo señalado, desde que los actos personales de la misma, realizados fuera de su horario de trabajo, no revisten el carácter de actos de servicio, por el solo hecho de cometerlo con un arma fiscal*”.

En esta ocasión se libera al Fisco de responsabilidad fundándose en la distinción falta de servicio-falta personal, entendiendo esta última como un hecho de carácter personal que se rige por el derecho común y no obliga al Fisco. En esta sentencia el criterio para separar la falta personal y la de servicio es simplemente de horario, ya que se entiende que no compromete al Estado por haberse ejecutado fuera de su desempeño laboral, y sin tomar en cuenta el que un elemento material –el arma utilizada– fue proporcionada por el Fisco.

La circunstancia descrita anteriormente, en cuanto a “separar” la falta por haber sido ejecutada fuera del horario de desempeño, es ignorada completamente y, además, aplicándose una variante novedosa en la sentencia *Vargas Grandón, Ángel con García Hernández, Carlos* (Corte de Apelaciones de Santiago, 2003)⁵⁷ en la que se resolvió que “*el autor del cuasidelito de homicidio cometió éste en su calidad de funcionario de Carabineros, actuando como aprehensor, en condiciones tales que permite concluir que estaba en desempeño de sus funciones y que no obsta a esta conclusión el hecho que el cabo García Hernández estuviera vestido de civil y sin estar de servicio en el lapso en que se cometieron los hechos*”.

Por lo antes dicho y teniendo presente estas consideraciones, se confirmó la resolución en que se declaró que García Hernández actuó en uso de la investidura de funcionario del

⁵⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCIV, (1997), N° 1, segunda parte, sección segunda, pp. 17-18.

⁵⁷ *Gaceta Jurídica*, 279, (2003), pp. 121-123.

Estado y, en consecuencia, el Fisco de Chile es civilmente responsable de la indemnización de los perjuicios provocados por el funcionario⁵⁸.

De un criterio cronológico o de horario empleado en *Beltrán con Fisco*, saltamos a un criterio psicológico o de intencionalidad –e ignorándose la circunstancia de no haberse actuado dentro del horario laboral– en *Vargas Grandón, Ángel con García Hernández, Carlos*: bienvenidos al caos jurisprudencial.

Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, tenemos dos importantes fallos: *Seguel con Fisco* (2009) y *Morales con Fisco* (2011), los que, además de pronunciarse sobre el régimen aplicable a estos organismos –excluidos expresamente por el artículo 21 de la Ley N° 18.575 de la aplicación de la norma base en materia de atribución de responsabilidad por falta de servicio, contenida en el artículo 42 de la misma norma orgánica constitucional–, contienen importantes planteamientos en materia de vinculación entre la falta de servicio y la falta personal.

En efecto, la causa *Seguel con Fisco* (Corte Suprema, 2009) versaba sobre el accidente sufrido con fecha 3 de mayo de 2001 por el conscripto Pablo Andrés Seguel Cares, quien se encontraba desarrollando ejercicios de instrucción básica, en el marco de la ejecución de su servicio militar, cuando sorpresivamente sufrió un impacto de bala en su brazo derecho, proveniente de un disparo efectuado por el cabo 2° Héctor Hernán Herrera Villa, quien no cumplió una orden superior tendiente a no utilizar munición de guerra en dicho ejercicio, sino que solo de fogueo. A consecuencia de dicho impacto, la víctima resultó con esquirlas de bala en su pulmón, presentó una lesión en su brazo derecho con disminución de su sensibilidad, fuerza y en general la funcionalidad de dicha extremidad. Al respecto, la Corte Suprema determinó la responsabilidad del Estado por falta de servicio, en consideración a que “... 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” (considerando 15°).

En *Morales con Fisco* (Corte Suprema, 2011) los hechos se refieren a la muerte del carabinero Wildo Soto Morales a manos de un compañero, ocurrida en el dormitorio de solteros de una unidad de Carabineros de Chile, en donde se encontraba de servicio acuartelado y en el que varios funcionarios comparten en un rato de esparcimiento, en estas circunstancias el fallecido hace una broma ofensiva al carabinero Osorio Tapia, quien lo persigue hasta una dependencia contigua, lo apunta con su arma particular y se le escapa un

⁵⁸ Considerandos 4° y 5°.

proyectil que ingresa a la zona torácica superior de Soto Morales, quien posteriormente muere.

En este caso, se pueden destacar varios puntos planteados por la Corte Suprema, como el expresado en el considerando 7° al sostenerse que “... *precisando incluso que la responsabilidad para la Administración subsiste aun cuando el daño se haya originado por falta o culpa personal del servidor público...*”. O en el considerando 8° “... *de acuerdo a como han quedado asentado los hechos de la causa, claramente el ex carabinero Claudio Osorio Tapia incurrió en lo que el derecho administrativo denomina una falta personal que ocasionó la muerte de otro funcionario policial...*” o “... *dado el contexto en el cual se desarrollan estos acontecimientos, es dable concluir que la falta personal atribuida a Osorio Tapia no se encuentra desvinculada del servicio, sino que se ha cometido con ocasión de él*”.

Y en cuanto a la vinculación de ambas faltas, el considerando 10° manifiesta que “... *el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que ha incurrido uno de sus agentes, por cuanto ha sido el mismo Estado quien ha instalado a ambos funcionarios en una determinada misión –de servicio disponible y acuartelados en segundo grado– y les ha impuesto además la obligación de permanecer en el cuartel, de modo que la acción desplegada por el funcionario Osorio Tapia no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio. En efecto, los dos funcionarios residían en la Tenencia dada su condición de carabineros solteros, los dos estaban esa noche allí dado el acuartelamiento dispuesto, por lo que claramente la falta personal de Osorio es de aquellas que dan lugar a la responsabilidad estatal*”.

Acá no estaban dentro de su horario de trabajo –como en el caso *Beltrán con Fisco*–, pero se llega a conclusiones diversas, entendiendo que sí habría responsabilidad del Estado a pesar de desarrollarse los hechos fuera del horario laboral, en consideración a que los involucrados fueron puestos en esa situación fáctica –descansando en los dormitorios del recinto fiscal– por el propio Estado, existiendo un grado de vinculación con el servicio. La confusión o, al menos, la falta de precisión parecen continuar en nuestros tribunales.

Comentando estos fallos, parte de la doctrina nacional encontró una serie de aspectos destacables en ambas sentencias⁵⁹ en cuanto al tema que nos ocupa. En efecto, después de considerar la importancia de las sentencias pronunciadas en *Seguel con Fisco* y *Morales con Fisco*, en cuanto a la determinación del régimen aplicable a las instituciones mencionadas en el artículo 21 de la LOCBGAE, Letelier manifiesta que como la falta de servicio se conseguía por la vía del artículo 2314 del Código Civil, gracias a *Seguel con*

⁵⁹ LETELIER, Raúl. Comentario en www.decive.blogspot.com 21 de enero de 2011.

Fisco, se necesitaba ahora tener un soporte jurídico para la “falta personal” en materia de responsabilidad de las entidades mencionadas en el artículo 21 de la Ley N° 18.575.

Al respecto, dicho autor destaca que estos dos fallos no se refieren en realidad a situaciones en que ciudadanos ajenos al servicio público son afectados por los órganos administrativos, sino que en ambos casos se trata de accidentes acaecidos al interior del órgano administrativo, razón por la que estima que la manera en que la Corte Suprema traslada las nociones de falta de servicio y falta personal a las relaciones estatutarias al interior del servicio debiese ir profundizándose con el tiempo. Agrega que existe un régimen bastante completo para abordar las indemnizaciones por accidentes de servicio que puede solaparse con estas demandas de responsabilidad extracontractual. Si no se teoriza sobre ellas en conjunto, se puede estar trastocando el sistema indemnizatorio público.

Ahora bien, Letelier sostiene que el fallo *Morales con Fisco* pone en la mesa el problema de la separación de la falta de servicio con la falta personal, indicando con claridad que si solo hubiese falta personal, no cabría responsabilidad del Estado. Esto viene a confirmar la correcta interpretación del inciso segundo del artículo 42 de la LOCBGAE, en el sentido de que dicha norma no establece que cuando haya falta personal el Estado debe responder con la mera posibilidad de luego repetir contra el funcionario. Al contrario, el inciso 2° supone que ya ha habido condena por falta de servicio (no podía haber sido de otro modo), pero que además en ella existe falta personal, como precisamente ocurre en este caso, toda vez que la falta personal no ha podido separarse totalmente de la falta de servicio. Sin embargo, resulta necesario –a su juicio– seguir refinando esta noción de separación entre faltas.

En cuanto a los parámetros de separabilidad implícitos en esa sentencia, dicho autor opina que solo se contempla una mera separación geográfica y de horario de trabajo, de modo tal que basta que un funcionario esté en el recinto público y dentro de su jornada para que se dé lugar a la responsabilidad. En este caso, de hecho, fue condenado el Estado, primordialmente porque el carabinero que disparó se encontraba al interior de la unidad y ambos estaban acuartelados.

Para Letelier –si se nos permite expresarlo así–, lo anterior no bastaría, debiendo extenderse a considerar en la separación de las faltas también criterios subjetivos, a saber: en el caso de actos fuertemente dolosos de funcionarios públicos que no reflejan un problema organizacional del servicio y que revelan al funcionario –como indicara en su momento el arrê *Laumonnier-Carriol* al definir la falta personal– “con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”, deben ser calificados como faltas personales puras y simples (o también llamadas personalísimas) y respecto de ellas solo debe responsabilizarse a la persona que las comete.

Por ello, concluye que agresiones entre funcionarios públicos, aun cometidas en horario de trabajo, no deberían ser indemnizadas por el erario común. Ellas mismas, desarrolladas en ambientes privados, no son indemnizadas sino por la persona que las comete. En este sentido, en el caso *Morales con Fisco* de Chile, la sentencia de primera instancia había considerado que lo acaecido era un acto totalmente privado, ajeno a las funciones policiales y que en él no podía considerarse que se revelase un servicio que hubiese funcionado de manera defectuosa⁶⁰. Es esta precisamente –en nuestra opinión– la manera correcta de interpretar la situación fáctica derivada de acontecimientos que se encuentran en el ámbito de los comportamientos de funcionarios fuera de sus horas de trabajo, acorde con la doctrina contenida en el caso *Laumonnier-Carriol*, cuando estamos frente a un funcionario “despojado de su servicio”.

Así se resolvió –anticipándose a este debate en varios lustros– en la que se podría considerar la primera sentencia en que subyace la idea de la falta personal: el llamado caso *Morán con Fisco*⁶¹. Acá dispuso que los perjuicios causados provinieron de “*actos personales que no comprometen la responsabilidad del Estado, aun suponiendo legalmente ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que lo ejecutaron*”⁶². Asimismo, agrega dicha sentencia que “*para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación*”⁶³.

Pero, sin duda, mucho más ilustrativo resulta aún el proceso judicial dirigido contra *Jorge Sagredo Pizarro* y *Carlos Alberto Topp Collins*⁶⁴ en el cual se concluyó, en el considerando 59, “*que la responsabilidad que se pretende hacer valer por los distintos actores que la han demandado, se la funda en hechos perpetrados por los reos Sagredo y Topp Collins cuando pertenecían al cuerpo de Carabineros, pero comoquiera que esos hechos ninguna*

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Demanda en contra del Fisco para la reparación de los daños causados en el mobiliario de una casa en la ciudad de Quillota, la cual fue ocupada por oficiales del Regimiento Pisagua durante los desplazamientos y las operaciones militares efectuadas con ocasión de la Guerra Civil de 1891.

⁶² CALDERA, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 157.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Jorge Sagredo Pizarro y Carlos Alberto Topp Collins eran carabineros en servicio activo cuando fueron acusados de cometer una serie de delitos (robo, homicidio y violación). Acá, además de investigar y castigar los delitos cometidos por dichos funcionarios de Carabineros de Chile, se demandó al Estado con el fin de declarar su responsabilidad y de que indemnizara los daños ocasionados a las víctimas.

relación tienen con los deberes y labores funcionarias pues no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él, debe concluirse que se trata de un hecho jurídico de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a la indemnización se refiere, por el derecho común y no por el derecho público, respecto del Fisco, quedando excluida entonces, respecto de éste, la responsabilidad directa y extracontractual del Estado que suele afectarle por actos y hechos provenientes de organismos o funcionarios públicos en ciertas circunstancias”. A su vez, el considerando 63 agrega: “... es obvio que en este supuesto deba restringirse al cuidado dentro del respectivo servicio o respecto de actuaciones ejecutadas con ocasión de él, dada la naturaleza de esa dependencia, no pudiendo estimarse que se cumpla con esas exigencias, que son obvias, en los casos concretos de que se trata pues los hechos actuaron en horas en que estaban de franco, sin uso alguno de sus uniformes ni de armas fiscales, respecto de hechos que nada tienen que ver con el empleo o función...”⁶⁵.

La discusión ha girado en torno a cuál es el nivel de culpa o negligencia o si se requiere dolo para determinar si responde el Estado o solo el funcionario, que sería casi lo mismo como discutir hasta dónde estamos frente a una falta de servicio o una falta personal o inclusive la denominada falta personalísima, esto es, aquella sin ningún grado de vinculación con el servicio. Para algunos autores, los actos delictuosos con dolo o culpa grave, por la magnitud que revisten y el claro propósito de inferir daño, no llegan a comprometer la responsabilidad administrativa. Tal es el criterio propuesto por Bielsa cuando sostiene que “no hay responsabilidad más personal que la emergente del delito”⁶⁶. Otros han considerado que el dolo penal pone fin a la relación orgánica, siendo el límite objetivo de la imputación al servicio⁶⁷.

Precisamente, el hecho de que los casos delictuosos sean los que revisten mayor gravedad ha puesto en guardia a la doctrina y la jurisprudencia, que no quieren dejar a la víctima desprovista de garantías frente a daños con características especiales. Por eso, aun en los casos de dolo con fines privados, Leguina ve con buenos ojos que la responsabilidad administrativa se comprometa, puesto que el funcionario actúa como tal frente al particular lesionado. Con dolo o sin él, la conducta sigue siendo obra exclusiva del agente físico. El hecho dañoso –resultado objetivo de ese comportamiento– es el que importa poner de relieve. El elemento subjetivo cobra vigencia tan solo en el momento de imputar la

⁶⁵ Ambos fallos citados en VÁSQUEZ, Andrés, *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999, p. 110.

⁶⁶ BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁷ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 53.

conducta al funcionario⁶⁸. Podemos agregar que ello también es relevante al momento de determinar el derecho de repetición del Fisco.

La vinculación entre el hecho del funcionario y las labores que realiza debe tener una relación que sea importante, toda vez que el Estado no responde si el funcionario ha actuado desligado de la función o servicio⁶⁹. Al no estar establecidos por la ley los criterios para definir esa vinculación, estos deben ser determinados por los tribunales al momento de resolver los conflictos entre un particular y la Administración; no obstante ello, más allá de posiciones extremas, creemos que los hechos atribuibles exclusivamente al dolo del funcionario, o que se desarrollen en su ámbito estrictamente personal, bajo ninguna circunstancia –ni siquiera extraordinaria– deberían comprometer la responsabilidad del Estado.

7. TOMA DE POSICIÓN SOBRE LA FALTA PERSONAL

Considerando lo previamente expuesto, podemos intentar una propuesta en cuanto a cómo entender la idea de falta personal. Como punto de partida hay que señalar que, al no existir definición de ella en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 y considerando, a su vez, que cuando un funcionario incurre en este tipo de falta se verá expuesto a que el Estado repita en su contra, evidentemente debemos aceptar o al menos entender que en algunos casos, frente a la presencia de una falta personal, le compete cierto nivel de participación al Estado. Ello, al menos como garantía hacia el particular y a fin de justificar que el Estado repare el daño causado al ciudadano.

Al mismo tiempo, es dable asumir que en un concepto de falta personal deben estar presentes los caracteres de reprochabilidad suficientes, a nivel de una negligencia grave o dolo en el comportamiento del funcionario, que permitan desvincular parte de esa responsabilidad del Estado, radicándola en el funcionario, justificando así que la Administración pueda repetir en contra del agente causante del daño.

Así, podrían postularse tres categorías diferenciables entre sí:

- i) la falta de servicio, donde solo responde el Estado;
- ii) la falta de servicio derivada de una falta personal o falta personal vinculada a la falta de servicio (o que la revele), donde responde frente al afectado el Estado, pero teniendo el derecho de repetir en contra del funcionario responsable, y

⁶⁸ Citado por HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁹ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 499.

iii) la falta exclusivamente personal o pura y simple o personalísima, donde solo será responsable el funcionario y no el Estado.

La falta personal a la que alude el artículo 42 de la Ley N° 18.575 es la que da derecho a repetición; la personalísima no, determinándose el límite entre esta y aquella en parámetros tales como una negligencia grave del funcionario o un error de hecho o violación manifiesta de la ley penal y, principalmente, la que es absolutamente separable del servicio, inclusive, estimándose este último criterio como el determinante, tal como lo entendió Duguit al sostener que la teoría de la falta personal es esencialmente una teoría con un propósito: lo que determina la falta personal no es la gravedad de la falta, pero sí lo es cuando la falta es cometida fuera de la función del agente⁷⁰.

8. EL DERECHO DE REPETICIÓN: LA VINCULACIÓN COHERENTE CON LA FALTA PERSONAL

El derecho de repetición supone, en el contexto de la dicotomía falta de servicio-falta personal, la necesidad de tener muy claro qué se entenderá por esta última. Ello resulta evidente si consideramos que se ha llegado a sostener, conforme a lo establecido en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, que el derecho de repetición podría no tener una aplicación efectiva en el evento de interpretarse la norma considerando su origen histórico y como parece entenderla la jurisprudencia nacional.

En la falta de servicio la persona del agente no se toma en consideración, no siendo él responsable ni frente a la víctima ni frente a la Administración, ya que la responsabilidad se radica directamente en la persona pública a la que sirve el agente, no correspondiendo distinguir entre falta de servicio provocada por un agente claramente identificado e individualizable y la falta de servicio, falta anónima o colectiva de una administración mal llevada en su conjunto, de tal suerte que es difícil descubrir los verdaderos autores⁷¹. Más aún, siguiendo esta línea argumentativa, el Estado tiene derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, referencia que necesariamente deberá llevarnos a la doctrina francesa, la cual –tal como ya hemos señalado anteriormente– distinguía entre falta de servicio y falta personal, respondiendo el Estado de la primera, no así de la segunda, donde lo hacía el funcionario. Entendida solo en tales términos nos podrá conducir a la siguiente conclusión, *per se* incongruente con el sistema: el Estado sería responsable por las faltas personales de sus funcionarios; es decir, de aquellas cometidas por el funcionario materialmente fuera del ejercicio de sus funciones o con intención extraña al servicio o estando desprovisto de todo vínculo con el servicio.

⁷⁰ GAUDEMET, Ives, *op. cit.*, p. 784.

⁷¹ HUEPE, Fabián, *op. cit.*, p. 211.

En efecto, si el Estado tiene derecho a repetir en contra del funcionario que incurrió en falta personal, es porque tuvo que previamente indemnizar a la víctima por dicha falta de su funcionario, lo que significa, a su vez, que el Estado respondería prácticamente de cualquier acto ilícito cometido por aquel, aun fuera del ejercicio de sus funciones, lo que necesariamente es un absurdo y no podría aceptarse, salvo que se estuviera por la postura de que el Estado responda de todo perjuicio causado por sus agentes sin distinción.

No deja de ser irrelevante lo planteado, toda vez que una interpretación de esta naturaleza podría significar la ineficacia del derecho de repetición, debido a la poca precisión en el concepto de falta personal. Esto igualmente ha sido planteado por la doctrina comparada al señalarse que históricamente se había negado el derecho de repetición por parte del Estado, fundándose para ello precisamente en el argumento de que si se admite la posibilidad de accionar en contra del funcionario con el objeto de recuperar lo que ha pagado la Administración, ello significa que la falta no fue del servicio⁷².

De manera que, conforme a lo anterior, puede sostenerse que por la redacción del artículo 42 inciso segundo de la Ley N° 18.575 nos encontramos frente a una disposición de oscura interpretación, máxime si nuestra jurisprudencia ha considerado la falta personal como aquella realizada por el funcionario público fuera del ejercicio de sus funciones; es decir, que no se ha cometido en un acto del servicio o con ocasión de él⁷³, lo que además ha puesto en evidencia lo equivocado del criterio jurisprudencial al entender un concepto de falta personal tal como se concibió en Francia, pero que ha tenido notables evoluciones y adecuaciones que han sido ignoradas –como en tantos otros casos, v. gr. en materia de nulidad, donde aún se aplican ideas ya obsoletas en la fundamentación de los fallos– por nuestros tribunales, todo lo cual se ha traducido en un verdadero caos al momento de entrar a definir con precisión los parámetros aplicables en esta institución.

Es por ello que se ha entendido que corresponderá a la jurisprudencia la misión de determinar el verdadero sentido y alcance de la citada disposición legal, tarea que es de suma importancia y trascendencia. A nuestro entender, en esta labor jurisprudencial un antecedente que necesariamente deberá tenerse a la vista lo constituye la norma contenida en el artículo 38 inciso tercero de la Ley N° 19.966, que debería llevar a una reinterpretación de falta personal del funcionario, tratándose en definitiva de una falta vinculada con el funcionamiento del servicio o una falta del funcionario efectuada en el ejercicio de sus labores, pero que da derecho al Estado para repetir, por cuanto dicha falta contiene un componente de culpa o dolo en el actuar u omisión de dicho funcionario, pero no del todo separable del servicio.

⁷² HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 57.

⁷³ Sentencias “N.N. con Sagredo y Otros (Fisco)”, 1985; “Acuña con Domínguez y Fisco”, 1985; “Beltrán con Fisco”, 1997, entre otras.

Evidentemente, la idea de repetición se sustenta en el supuesto de que el sujeto contra el cual se persigue este reembolso o repetición de lo pagado ha tenido intervención en los hechos que originaron el daño, siendo en todo o en parte responsable de su reparación. Ello, por cuanto, tal como se ha sostenido, “*no plantear la responsabilidad del funcionario al lado de la administrativa es otorgar impunidad para que siga cometiendo daños a los particulares. Hay que castigar al verdadero responsable, que las más de las veces lo será el funcionario*”⁷⁴.

Esto ha importado que se estime que la acumulación igualmente debe considerar ciertos límites, en el entendido de que la responsabilidad no puede extenderse a daños causados por sus agentes con ningún tipo de conexión con el servicio, lo que además de ser injusto resultaría demasiado oneroso para la hacienda pública⁷⁵.

Según Lecaroz Sánchez, no se trata de un derecho de repetir al estilo del artículo 2325 del Código Civil, pues aquí no hay un vigilante demandando de reembolso a un subordinado, habiendo incurrido ambos en culpa, sino simplemente de hacer efectiva la responsabilidad funcionaria por el daño causado al patrimonio estatal⁷⁶. Y es evidente que para que exista ese derecho de repetición será necesario probar la falta personal en el sentido civilista; es decir, como negligencia o falta de diligencia o de cuidado. Sin embargo, la pregunta que surge es, entonces ¿en qué nivel? Aparentemente cualquiera, aun cuando se ha estimado que debe ser al menos en situaciones de faltas graves. Tal como ha sostenido Barros, existiendo esta relación significativa entre la comisión del hecho que genera la responsabilidad y las funciones que desempeña el funcionario, poseerá una acción de repetición en contra del funcionario si este cometió un acto que pueda ser calificado en sí mismo como ilícito; esto es, sea susceptible de calificarse como falta personal a la luz de lo que establecen la Ley N° 18.575, artículo 42, o la Ley de Municipalidades [Ley N° 18.695], artículo 141(142)⁷⁷.

Ahora bien, cierto sector de la doctrina le da una interpretación distinta a la norma base en cuanto al derecho de repetición, esto es, al artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, el profesor Álvaro Troncoso Larronde, de la Universidad de Concepción, plantea que dicha norma siempre considera

⁷⁴ HOYOS, Ricardo, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁷⁶ *Ídem*.

⁷⁷ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 500.

como sujeto pasivo de la acción a la Administración, no existiendo en realidad opción para el afectado en cuanto a quién dirigir su acción⁷⁸.

Pero este profesor va aún más allá en sus argumentos al sostener que tampoco el Estado tendría una acción para repetir en contra del funcionario, toda vez que la falta se imputaría siempre al órgano. Llega a esta conclusión no solo basándose en la redacción de la norma citada, sino que además en la doctrina tradicional francesa, donde la falta de servicio no es imputable al agente. Ello por cuanto el Estado tendría derecho a repetir en contra del funcionario que incurrió en la falta, de todo lo cual se llega a una interpretación absurda: el Estado sería responsable de faltas personales de sus funcionarios; es decir, de aquellas cometidas por el funcionario materialmente fuera del ejercicio de sus funciones o con intención extraña al servicio o, en definitiva, estando desprovisto de todo vínculo con el servicio. Este autor estima que según el texto legal, si el Estado tiene derecho a repetir en contra del funcionario significa que el Estado respondería prácticamente de cualquier acto ilícito cometido por aquel, aun fuera del ejercicio de sus funciones⁷⁹. Encontramos que esta posición es compartida por otros autores, al momento de analizar de manera coherente y armónica la institución que nos ocupa.

En efecto, la circunstancia de que el Estado responda de todo no solo haría inviable la repetición posterior, sino que nos llevaría a situaciones ilógicas e incoherentes que, en suma, dificultan la justificación de una acción de repetición del Servicio o del Fisco en contra de su funcionario si el Servicio fue previamente imputado por su propio acto-falta⁸⁰.

La *actio in rem verso* solo se justifica cuando se responde por el acto de otro, pues se está pagando algo que no se debe, como cuando paga el fiador solidario. Quien responde – incluso – por el dolo de otro no puede lógicamente estar respondiendo por su propia culpa, sino porque se le coloca en posición de garante. La idea de un Servicio que responde por una conducta gravemente imprudente o dolosa de uno de sus funcionarios, a título de culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente, presenta graves problemas lógicos⁸¹.

⁷⁸ Citado en HUEPE, Fabián, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁹ Citado en HUEPE, Fabián, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁸⁰ CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime, *Responsabilidad Médica. Estándares jurisprudenciales de la Falta de Servicio*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, 2011, p. 149.

⁸¹ *Ibidem*.

9. ACCIONES DE REPETICIÓN Y DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL FUNCIONARIO

Se entiende que la responsabilidad de la Administración es personal y directa, bastando que se muestre que el servicio no responde objetivamente al estándar debido, sin que sea necesario identificar al funcionario que pueda haber incurrido en una culpa personal. Mayores dificultades se plantean si el funcionario no ha actuado en el ejercicio de su función pública, sino en vinculación más remota con ella, en cuyo caso su acto es imputado a la Administración a condición de que entre el hecho y la calidad funcionaria exista una relación significativa. A falta de esta relación debe entenderse que se trata de un hecho personal del funcionario, sujeto a las reglas generales de la responsabilidad civil, que no compromete la responsabilidad del Estado. Y, en este último caso, de no comprometer al Estado, no habría derecho de repetición, por cuanto el Estado nunca debió haberse hecho cargo de las consecuencias de un acto de esta naturaleza.

En cuanto a la acción misma, tanto la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 42), como la Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 142), luego de establecer la responsabilidad directa del órgano estatal respectivo, otorgan el “*derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”. Asimismo, la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra (artículo 5°). Igualmente, la Ley de Garantías en Salud (AUGE) establece que los órganos del Estado que hayan sido condenados judicialmente tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, señalando además un plazo de prescripción especial de dos años desde la condena judicial para la acción de repetición (artículo 38). La regla concede una acción restitutoria en contra del funcionario que ha incurrido en culpa; se supone que el órgano respectivo de la Administración del Estado ya ha incurrido en responsabilidad frente al administrado.

Este es el supuesto básico en el que debemos sustentar una interpretación armónica de la institución que nos ocupa, toda vez que hay que ubicar la falta personal a que aluden estas normas en un estadio intermedio entre la falta de servicio y la falta de exclusiva responsabilidad del funcionario en la que el Estado no debe responder y, por ende, no podría haber repetición. En efecto, debemos entender que cuando hablamos de repetición hablamos de aquellas faltas que si bien implican la responsabilidad del funcionario, se vinculan en algún grado con el Estado, de ahí que este deba responder por aquel y, a posteriori, justifican que se repita contra el agente de su dependencia. No debe tratarse de faltas totalmente ajenas como aquellas que se han denominado faltas personalísimas.

Si recurrimos a las normas generales, el Código Civil contempla la disposición que regla la acción de regreso, contenida en su artículo 2325, el cual reza: “*Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ella dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319*”.

Al respecto se dice que en el ordenamiento jurídico nacional la acción de reembolso tiene tres requisitos esenciales: se requiere capacidad del subordinado; es necesario que la víctima ya haya sido indemnizada por la Administración que ejerce la acción de regreso y, finalmente, que el dependiente causante directo del daño haya actuado mediando dolo o culpa⁸². La acción en contra del funcionario es restitutoria o de reembolso y tiene por antecedente que el Estado haya cumplido su obligación personal y directa de indemnizar al administrado por la falta de servicio que tiene su origen en la culpa del funcionario.

La determinación de esta falta o culpa debe efectuarse en juicio ordinario. La resolución administrativa que se dicte en el sumario que se siga al funcionario no obliga a los jueces. Sin embargo, parece que carece de fundamento razonable la acción si en el sumario respectivo se ha concluido que el funcionario no incurrió en culpa⁸³. Al respecto, podemos sostener que si bien no es determinante la realización de un sumario administrativo, sí al menos le restaría plausibilidad a la acción que se dirija en contra del funcionario no realizar el sumario administrativo. Ello por cuanto si bien la norma administrativa establece el principio de la independencia de las responsabilidades⁸⁴, en diversas materias se ha considerado la importancia de la realización de un procedimiento disciplinario previo a cualquier medida tendiente a hacer efectiva otra clase de responsabilidad de un funcionario.

En efecto, así sucede en el caso de aquellos funcionarios que deben rendir fianzas de fidelidad funcionaria, donde se ha reconocido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República que resulta indispensable la realización de un sumario administrativo para proceder a hacer efectivas las pólizas de aquellos funcionarios que han causado un daño patrimonial al Fisco, ya sea en el manejo de dineros públicos o de vehículos fiscales⁸⁵.

⁸² CÁRDENAS, Hugo, “Acción de reembolso del Fisco. A propósito del Caso Beraud, Comentario de sentencia Corte Suprema de 12 de junio de 2007”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 2, (2008), Legal Publishing, p. 125.

⁸³ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 528.

⁸⁴ El artículo 120 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, establece –en lo pertinente– que “*la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal*”.

⁸⁵ La jurisprudencia de la Contraloría General de la República se ha pronunciado en tal sentido. Así, en el Dictamen N° 16.197 de 1998, al sostener que “*las fianzas de fidelidad funcionaria rendidas para asegurar el*

La importancia de la realización del proceso disciplinario queda claramente graficada en el artículo 39 de la Ley N° 19.966, según el cual “*los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término*”.

Resulta evidente, entonces, que el juicio en que se ejerce la acción de repetición no puede confundirse en ningún caso con el sumario administrativo, que sí puede ser entendido como un presupuesto para que se pueda ejercer la acción de repetición⁸⁶. Por otra parte, al considerarse que la responsabilidad por falta de servicio es abstracta, la prueba se reduce a mostrar cuál es el servicio que se podía esperar de la Administración, atendidas las circunstancias; por ello, para el tercero que ha sufrido el daño no existe incentivo para dirigirse contra el funcionario, no solo porque es preferible accionar contra el Fisco o la municipalidad en vez de hacerlo contra una persona presumiblemente insolvente, sino además, porque la constitución del hecho que da lugar a la responsabilidad y la prueba de la falta (culpa) del funcionario es más dificultosa que la de falta de servicio⁸⁷.

Excepcionalmente, habrá interés en dirigirse contra el funcionario si no ha incurrido en un ilícito en ejercicio de las funciones públicas (caso en que inequívocamente el Estado responde), sino simplemente con ocasión de esas funciones, en cuyo caso el juez podrá estimar que el hecho es personal del funcionario y no dar lugar a responsabilidad de la Administración.

Conforme a lo anterior, podríamos sostener que en algunas situaciones no habría repetición, ya que solo debería responder el funcionario y no el Estado por él. Para distinguir aquellas situaciones en que habría repetición se ha comentado –a propósito de lo resuelto en la acción de repetición ejercida a consecuencia del llamado caso *Beraud*– que “*aunque se exige para poder repetir la prueba de la imprudencia temeraria o dolo del funcionario, en opinión de algún sector de la doctrina, entre ellos Pizarro Wilson, sería suficiente para repetir con la prueba de la culpa simple aunque podría pensarse seriamente que el*

correcto cumplimiento de los deberes u obligaciones de los funcionarios que tienen a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, sólo pueden hacerse efectivas si a través de un sumario o una investigación sumaria se les sanciona por haber infringido tales deberes”. A su vez, en el Dictamen N° 7.873 de 2008 resolvió que “*para hacer efectiva la póliza de fidelidad funcionaria del artículo 68 de la Ley N° 10.336, es menester que se haya determinado previamente la responsabilidad del funcionario afectado, toda vez que el fin específico de dicha caución es asegurar el correcto desempeño del funcionario en la custodia de los fondos o bienes confiados a su cuidado*”.

⁸⁶ CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁷ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 529.

*legislador está efectivamente estableciendo como requisito la prueba de la culpa grave o el dolo del funcionario*⁸⁸.

Sin embargo, dejar establecido el límite en la culpa simple minimiza –a nuestro entender– el contenido legal, reduciendo el problema con un propósito o finalidad que solo podría entenderse justificado en el ánimo de favorecer a la víctima, pero que podría salirse de márgenes de razonabilidad al momento de sistematizar lo relativo a la falta personal y el derecho de repetición del Estado. Al respecto, podemos señalar que la jurisprudencia chilena, en casos de negligencias médicas de Servicios de Salud⁸⁹, ha venido confirmando de manera reiterada que uno de los supuestos de falta de servicio se configura vinculando causalmente un daño con el hecho negligente o doloso de algún funcionario [del hospital o del Servicio de Salud] de que se trate, lo que ha llevado a cierta doctrina a sostener que la culpa del médico cuestionado se “*traspasa al Hospital del cual forma parte, y en consecuencia, al Servicio de Salud*”⁹⁰.

Así, dadas las cosas, se puede distinguir la falta de servicio que se imputa jurisprudencialmente a través de la demostración de la culpa leve del funcionario y la falta de servicio que se imputa a través de la culpa grave o dolo. Los efectos que se desprenden de esta distinción tienen cierta afinidad con aquellos que algunos autores le atribuyen a la distinción entre culpa funcional y culpa personal. Ahora bien, no se puede pasar por alto que ni la distinción entre culpa personal y culpa funcionaria ni la separación entre falta personal y falta de servicio se encuentran claramente consagradas en el texto legal aplicable a estos casos –Ley AUGE– y que, como se ha venido observando, la jurisprudencia que la ha aplicado razona en torno a un supraconcepto de falta de servicio que absorbe, además de las faltas de organización, las culpas leves, las culpas graves e incluso, las conductas dolosas de sus funcionarios. Lo realmente importante será determinar si el daño se produjo en ejercicio (o con ocasión del ejercicio) de las funciones que el servicio le impone y si el funcionario actuó con culpa grave o dolo. Si el daño no se produce (al menos) con ocasión del ejercicio de las funciones que la prestación del servicio le impone al funcionario, el Estado no debería responder.

Por el contrario, si el daño se produce, al menos, con ocasión de la prestación del servicio, el Estado responderá por falta de servicio, aunque podrá ejercer la acción de repetición contra el funcionario que haya actuado con culpa grave o dolo⁹¹.

⁸⁸ CÁRDENAS, Hugo, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁹ *Bustos Sanhueza con Servicio de Salud de Talcahuano*, 1° JLC Talcahuano, 28.09.2005, Rol N° 3.312, confirmada CA Concepción, 6.04.2006, Rol N° 4.234-2005 (N° 65).

⁹⁰ CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime, *op. cit.*, p. 83.

⁹¹ *Ídem*, pp. 147-148.

A su vez, la Corte Suprema ha reconocido la categoría de falta personal como una conducta dolosa o gravemente culpable del funcionario y la considera un requisito para que proceda la acción de regreso del Estado contra el funcionario⁹².

La culpa leve que comete el funcionario con ocasión o en ejercicio de su función no la comete en nombre propio, sino de la Administración. Es la propia función pública la que se reputa culpable, por lo que es perfectamente coherente hablar en estos casos de una responsabilidad del Servicio por su propia falta. De ahí que se entienda que sea absorbida por la falta de servicio y que solo responda el Estado, el cual solamente “*tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado*”⁹³.

Al respecto, cabe destacar que la incorporación en nuestro sistema normativo, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, del artículo 38 de la Ley N° 19.966 nos debe llevar inevitablemente a su análisis comparativo con la norma base, esto es, el artículo 42 de la Ley N° 18.575. En efecto, al establecerse en el artículo 38 que el Estado podrá repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, hace en definitiva responsable al Estado por dicho dolo o culpa grave del funcionario, lo que va en contra de lo indicado por el artículo 42 de la Ley N° 18.575, que no distingue al respecto. Asimismo, según se ha entendido, en aquellos casos en que hay dolo en el funcionario nos encontraríamos frente a una falta personal, de aquellas separadas o desconectadas psicológica o intelectualmente del servicio, por las que se ha entendido que no respondería el Estado. Se daría así una contradicción que necesariamente deberá irse precisando a la luz de las decisiones jurisprudenciales.

⁹² En el caso *Andrade Vera c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, la Corte Suprema resolvió que “... es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular” y agregó que “... lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración que en este caso puede repetir en su contra cuando la actuación del agente importe una ‘falta personal’, concepto este que está referido a una conducta dolosa o en extremo negligente” (*Andrade Vera c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, la C. Spma., 23.12.2009, Rol N° 3.115-2008 N° 124); en *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y otro*, la C. Spma. estableció que “... el hecho ejecutado por el reo de abandonar el box dentro del cual estaba la paciente, para salir a pasearse a la sala de parto, cuando la anestesia no había terminado y estaba haciendo su efecto en la ofendida, constituye imprudencia temeraria...” (*Bravo Bravo c/ Ortega Weason y otro*, la C. Spma., 4.10.1984, Rol N° 23.634 N° 1); en *Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano*... “negligencia inexcusable” (*Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano*, CA Concepción, 8.09.2010, Rol N° 2.030-2009 N° 184); “gravemente negligente” en *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, 3° JLC Santiago, 31.12.2002, Rol N° 4.149-2000, confirmada por CA Santiago, 13.09.2007, Rol N° 2.643-2003 (N° 72).

⁹³ CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime, *op. cit.*, p. 167.

Solo cabe señalar, a modo de armonizar ambas normas, que se podría interpretar que el artículo 38 no ha venido a alterar lo preceptuado por el artículo 42 de la LOCBGAE al establecer que el Estado responde incluso por el dolo –el caso típico de falta personal separable–, sino que dicha norma ha querido establecer un régimen especial, dada la importancia de la materia en que incide, esto es, la responsabilidad en temas sanitarios, en donde el Estado responde ante el ciudadano afectado inclusive en casos de dolo o imprudencia temeraria, pudiendo posteriormente repetir en contra del funcionario involucrado.

9. CONCLUSIONES

1. En el Derecho chileno se consagra, en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado imputable a la falta de servicio, con derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.
2. La ausencia de un concepto de falta personal debe considerarse al momento de interpretar las exiguas normas legales existentes, las que solo en la medida en que sean entendidas armónicamente harán posible la aplicación del derecho de repetición.
3. A lo anterior hay que sumar las dudas que plantea en este sistema la incorporación de la Ley AUGE, la que solo alude a la falta de servicio, ignorando completamente la falta personal.
4. Contribuye a aumentar el caos existente en esta materia la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, que en muchas ocasiones han señalado –erróneamente a nuestro entender– que la falta personal es aquella en la que solo responde el funcionario y no el servicio, con lo cual la norma contenida en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 resultaría del todo incomprensible y absurda en cuanto al derecho de repetición, toda vez que si el Estado repite es porque pagó, pero por algo por lo que no debería haber respondido.
5. Por lo mismo, una solución coherente para esta materia necesariamente debe llevarnos a entender la falta personal como aquella en que le compete cierto nivel de participación al Estado –al menos como garantía hacia el particular–, a fin de justificar en un primer momento que aquel repare el daño causado al particular y que, al mismo tiempo, presente los caracteres de reprochabilidad suficientes, a nivel de una negligencia grave o dolo en el comportamiento del funcionario, que permita desvincular parte de esa responsabilidad del Estado, radicándola en el funcionario, justificando así que la Administración pueda repetir en contra del agente causante del daño.

6. La precisión de qué debe entenderse por falta personal debe ser objeto de una activa tarea jurisprudencial, que no solo supere la ausencia de definición legal, sino que revierta dicha carencia entregando una conceptualización flexible, que permita las adecuaciones pertinentes a los estándares de diligencia que resulten necesarios para cada época.

7. La coherencia en el sistema se alcanza –a nuestro juicio– entendiendo que existen tres posibles alternativas:

- i) la falta de servicio, donde solo responde el Estado;
- ii) la falta de servicio derivada de una falta personal, donde responde frente al afectado el Estado, pero teniendo el derecho de repetir en contra del funcionario responsable y
- iii) la falta exclusivamente personal o pura y simple o personalísima, donde solo será responsable el funcionario y no el Estado, no existiendo en consecuencia derecho de repetición.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010.

BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1957, V.

CALDERA, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

_____, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime, *Responsabilidad Médica. Estándares jurisprudenciales de la Falta de Servicio*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile, 2011.

CHAPUS, René, *Droit administratif général*, París, Ed. Montchrestein, 2001, I.

COLOMBO, Leonardo, *Culpa Aquiliana*, Buenos Aires, La Ley S.A., 1965, I.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, trad. de Legaz Lacambra y Garrido Falla, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, *Droit administratif general*, 16^é édition, París, Librairie générale de droit et jurisprudence E.J.A., 2001.

HOYOS, Ricardo, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1984.

HUEPE, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Santiago, LexisNexis, 2006.

LEGUINA, Jesús, *Responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Edit. Tecnos, 1970.

PANTOJA, Rolando, *El derecho administrativo: clasicismo y modernidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

PORTIÑO, Alejandra, *La responsabilidad legal del Estado y del Médico en caso de negligencias médicas*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2003.

ROUSSEAU, Charles, *Teoría General de la responsabilidad en derecho administrativo*, trad. de Gerardo Molina, Bogotá, Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz Editores, 1956.

SOTO, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. El Principio de Juridicidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

VÁSQUEZ, Andrés, *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.

Revistas

CÁRDENAS, Hugo, “Acción de reembolso del Fisco. A propósito del Caso Beraud. Comentario de Sentencia Corte Suprema de 12 de junio de 2007”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 2, (2008), Legal Publishing.

LETELIER, Raúl, “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, (2002), Valparaíso.

PIERRY, Pedro, “Responsabilidad extracontractual del Estado por delitos cometidos por sus funcionarios”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, VII, (1983), Valparaíso.

_____, “La falta de servicio en la actividad médica”, en *Revista de Derecho*, N° 8, agosto, (2003).

_____, “Repetición del Estado contra el funcionario”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVI, (1995).

VALDIVIA, José Miguel, “La responsabilidad del Estado en Francia”, en MARÍN, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2004.

_____, “Nuevas fronteras sobre la falta de servicio”, en *Gaceta Jurídica*, vol. 301, julio, (2005).