

***LA NECESIDAD DE INSTRUIR PROCEDIMIENTO  
DISCIPLINARIO PREVIO A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN  
O REEMBOLSO POR FALTA PERSONAL EN EL ÁMBITO  
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO***

*THE NEED TO INITIATE A DISCIPLINARY PROCEDURE PRIOR  
TO THE ACTION OF REPETITION OR REIMBURSEMENT  
FOR PERSONAL FAULT IN THE FIELD OF PATRIMONIAL  
RESPONSIBILITY OF THE STATE ADMINISTRATION*

ALEJANDRO CÁRCAMO RIGHETTI\* \*\*

*RESUMEN*

Uno de los aspectos que no se encuentra debidamente resuelto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador en Chile, dice relación con los requisitos necesarios para que este pueda accionar de reembolso en contra del funcionario que ha incurrido en falta personal, producto de lo cual, el Estado haya sido previamente condenado a pagar los daños o perjuicios ocasionados. En ese contexto, revisaremos y analizaremos la necesidad de que el organismo administrativo, previo a deducir su acción de repetición en contra del funcionario, instruya un procedimiento administrativo disciplinario.

\*Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, mención Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: alejandrocarmobogado@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5223-0890>.

\*\*Este artículo de investigación ha sido elaborado en el marco del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

Trabajo recibido el 7 de julio de 2023 y aceptado para su publicación el 29 de diciembre de 2023.

*Palabras Clave:* Administración del Estado, responsabilidad patrimonial, falta personal, procedimiento disciplinario, acción de repetición, acción de reembolso.

### *ABSTRACT*

One of the aspects that has not been duly resolved in the field of patrimonial responsibility of the Administrative State in Chile, is related to the necessary requirements for it to be able to claim reimbursement against the official who has incurred in personal fault, as a result of what which, the State has been previously sentenced to pay the damages or losses caused. In this context, we will review and analyze the need for the administrative body, prior to deducing its repetitive action against the official, to initiate a disciplinary administrative procedure.

*Keywords:* Administration of the State, patrimonial responsibility, personal fault, disciplinary procedure, action of repetition, action of reimbursement.

## *I. INTRODUCCIÓN*

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado Administrador, nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal -en diversas disposiciones- diferencia entre la responsabilidad que corresponde orgánicamente al servicio de aquella responsabilidad que recae en la persona del funcionario. Así, resultan de común utilización los términos falta de servicio y falta personal.

La concurrencia de falta personal en un hecho generador de daños a un tercero, tiene la particularidad de posibilitar al organismo administrativo el accionar de reembolso o de repetición en contra del agente que hubiere incurrido en aquella, en el evento de resultar el primero, condenado a indemnizar los perjuicios.

En este contexto intentaremos determinar la necesidad o exigibilidad jurídica de instrucción previa de un procedimiento disciplinario en contra del funcionario, para intentar con éxito la acción de repetición o reembolso por parte del organismo administrativo.

La hipótesis planteada y que intentaremos demostrar, es que, dado la naturaleza anónima de la responsabilidad por falta de servicio<sup>1</sup> -principal título de atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Administrador-, previo a la interposición de una acción de repetición en contra de un funcionario que hubiere incurrido en falta personal, se hace indispensable para su viabilidad la

<sup>1</sup> Régimen conforme al cual la víctima no se encuentra en la necesidad de identificar al o los funcionarios públicos que hubieren causado el daño para obtener reparación.

instrucción de un procedimiento disciplinario que permita investigar la ocurrencia de los hechos.

## II. EL SENTIDO Y ALCANCE DE LA FALTA DE SERVICIO Y LA FALTA PERSONAL. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política de la República,<sup>2</sup> si bien no refiere expresamente a la noción falta personal, luego de prescribir que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por los organismos de la Administración del Estado, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, agrega que aquello es “sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Una disposición con un tenor similar -en cuanto a la última parte de la norma constitucional precedentemente citada-, ahora, a nivel legal, encontramos en el artículo 4° de la Ley N° 18.575,<sup>3</sup> la cual, luego de consagrar la responsabilidad orgánica del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, adiciona que aquello es “sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Si bien entendemos que la responsabilidad personal no se agota con la responsabilidad civil –pudiendo ser esta, en su caso, administrativa y/o penal, conforme lo precisa el artículo 18 de la Ley N° 18.575–, por la naturaleza de los preceptos analizados -en especial, el artículo 4° antes referido- parece natural relacionarla, particularmente, con la responsabilidad de carácter patrimonial, puesto que se utiliza la expresión *daño*.

En ambas normas citadas, se distingue con claridad entre la responsabilidad patrimonial orgánica del servicio y la responsabilidad patrimonial personal del funcionario. Por ende, de hacerse efectiva la responsabilidad del organismo -por regla general, conforme al régimen por falta de servicio-, ello no obsta a la posterior responsabilidad que pudiere afectar a aquél o aquellos funcionarios que hubieren, con su conducta o actividad, causado el perjuicio -de acuerdo con el régimen general de responsabilidad civil extracontractual previsto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil,<sup>4</sup> los cuales exigen acreditar un factor de imputabilidad subjetiva-. En otras palabras, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad orgánica de la Administración Pública coexiste con la responsabilidad personal del funcionario que causa el perjuicio.

<sup>2</sup> Decreto N° 100, 2005.

<sup>3</sup> Ley N° 18.575, 2001.

<sup>4</sup> Código Civil, 2000.

En efecto, como lo ha sentenciado nuestra Corte Suprema, “...la responsabilidad del Estado es sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño con la falta personal; esto es con extrema imprudencia o dolo, contra quien el Estado podrá repetir”.<sup>5</sup>

Fuera de lo anterior, es pertinente constatar que recién en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 (dentro del Párrafo 1° “De la Organización y Funcionamiento” del Título II relativo a “Normas especiales”), se hace referencia explícita a la falta personal. Dicha disposición establece que, “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”, agregando, “no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Adicionalmente, dicha noción aparece también recogida en la norma legal que consagra el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable a las Municipalidades, estableciendo el artículo 152 de la Ley N° 18.695,<sup>6</sup> que “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”, adicionando que, “no obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Como lo ha señalado la jurisprudencia administrativa, “la Administración está al servicio de la comunidad e impone a los organismos públicos el deber de funcionar en forma continua y permanente atendiendo las necesidades colectivas, siendo responsables del daño que causen por falta de servicio”.<sup>7</sup> “El servicio no puede renunciar a su derecho a repetir lo pagado respecto del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, culpa o dolo, para lo cual se requiere de una norma expresa que lo faculte para ello”.<sup>8</sup>

Según apunta BERMÚDEZ, una distinción fundamental que permite la doctrina de la falta de servicio es la que admite delimitar los ámbitos de responsabilidad que corresponden a la Administración, que es una responsabilidad directa de aquellos casos en que concurre, además, de la falta personal del funcionario público.<sup>9</sup>

De lo revisado, se desprende con nitidez que la regulación en la materia es tremendamente escueta<sup>10</sup> –problema que, en términos generales, se presenta

<sup>5</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 7°.

<sup>6</sup> Ley N° 18.695, 2006.

<sup>7</sup> Contraloría General de la República, 22 de julio de 1995, Dictamen N° 22.790-1995.

<sup>8</sup> Contraloría General de la República, 18 de marzo de 2008, Dictamen N° 12.212-2008.

<sup>9</sup> BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, 3° ed. actualizada, p. 623.

<sup>10</sup> CARMONA, Esteban, *La Falta de Servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 64, Santiago, 2019, pp. 180-181.

respecto de todo lo relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado<sup>11</sup>-, sin que exista precisión normativa en cuanto a qué es la falta de servicio, en qué consiste la falta personal, ni cuál es la exigencia formal para que el organismo público pueda accionar en contra del funcionario de haber mediado una falta personal en la generación del daño.<sup>12</sup>

La falta de servicio y la falta personal, por ende, han sido conceptualizadas por la doctrina y la jurisprudencia.

### *2.1.- Noción de falta de servicio*

Sin ánimo de agotar la revisión de fuentes doctrinarias ni jurisprudenciales -lo cual excede el objeto de nuestro estudio-, BERMÚDEZ ha señalado que la falta de servicio es la anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos, comprendiendo la hipótesis del servicio que no actuó debiendo hacerlo; que actuó, pero de mala forma, ya sea de manera ilegal, fuera del estándar medio de funcionamiento, etcétera; o que actuó tardíamente.<sup>13</sup> Según ROMÁN, es “una deficiente organización o funcionamiento de la Administración”, teniendo una dimensión interna y externa, “la interna es la que advierte la propia Administración, que tiene relación precisamente con su deficiente organización o funcionamiento; en tanto que la externa es la que advierte el administrado: si la Administración ha cumplido o no con el estándar de actuación exigible, en otras palabras, si ha infringido o no sus deberes de cuidado o actuación”.<sup>14</sup> RODRÍGUEZ sostiene que la falta de servicio se materializa cuando un órgano administrativo, contrariando el ordenamiento jurídico, no funciona debiendo hacerlo, cuando el servicio funciona defectuosamente o lo hace tardíamente, causando perjuicio al administrado.<sup>15</sup> Finalmente, para BARROS, “la falta de servicio, como en el caso de la culpa civil, no exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino supone una valoración objetiva de la conducta de la Administración”. Así, la responsabilidad

<sup>11</sup> CÁRCAMO, Alejandro, “Algunas complejidades de la falta de servicio como título de atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Administrador”, en: AGUILAR, G. (Coord.), *La evolución del derecho público en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2019, pp. 32-33.

<sup>12</sup> Salvo, los requisitos consistentes en que un organismo público haya sido condenado a reparar los perjuicios ocasionados a un particular; que se haya producido efectivamente el pago de la indemnización a la que fue condenado el organismo; y, que haya mediado falta personal -dolo o culpa grave - del funcionario que causó el daño resarcido.

<sup>13</sup> BERMÚDEZ, cit. (n. 9), pp. 619-620.

<sup>14</sup> ROMÁN, Cristián, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio”, *Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional*, 2012, Vol. 1, N° 1, p. 38.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2011, N° 23, p. 27.

por falta de servicio supone calificar de defectuoso o anormal el funcionamiento del servicio público, lo cual se materializa comparando el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el órgano de la Administración del Estado.<sup>16</sup>

Por su parte, como lo consigna CARMONA, los tribunales -especialmente la Corte Suprema-, tradicionalmente siguen la concepción del autor francés Paul Duez, quien define la falta de servicio como aquella que se origina cuando el órgano funciona mal, lo hace de forma tardía o no funciona.<sup>17</sup> En efecto, se ha sentenciado que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello ocurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.<sup>18</sup> El concepto falta de servicio exige para su concurrencia que se establezca la responsabilidad de los órganos del Estado, sea por culpa del servicio o de la organización, o por mal funcionamiento de la misma.<sup>19</sup> En dicha línea, se ha sentenciado que

“la falta de servicio se puede conceptualizar como la actuación ilegítima de la Administración y consistente en el incumplimiento de obligaciones de parte de un órgano del Estado. Esta se produce con motivo de: a) la ausencia total u omisión de funcionamiento de la Administración debiendo hacerlo, mediante la correspondiente actuación; b) un mal, inadecuado, deficiente o indebido funcionamiento; c) el funcionamiento inoportuno, que se produce al desempeñar las atribuciones, actuar los órganos, ejecutar las prestaciones, cumplir las funciones o emplear las competencias de manera tardía, o d) un funcionamiento irregular de la Administración, institucionalmente considerada, esto es, contrariamente a lo que corresponde a un comportamiento común y ordinario exigible a un servicio moderno”.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, reimpresión 1ª ed., pp. 485-486.

<sup>17</sup> CARMONA, cit. (n. 10), p. 154.

<sup>18</sup> Corte Suprema, 16 de junio de 2016, Rol N° 11.358-2015.

<sup>19</sup> Corte Suprema, 26 de enero de 2016, Rol N° 3442-2015.

<sup>20</sup> Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017.

No obstante, según denuncia CORDERO, la noción de falta de servicio puede dar lugar a numerosas y múltiples situaciones fácticas concretas que hacen dificultoso precisar su contenido, y no como señala nuestra jurisprudencia, la cual la dejaría reducida a la hipótesis del servicio que no se presta, que se presta mal o que se presta tardíamente.<sup>21</sup>

En definitiva, “...es el juez el llamado a crear ex post y en abstracto, pero atendiendo a los extremos fácticos del caso, cuál era el servicio, prestación, funcionamiento o actuación que resultaba esperable”.<sup>22</sup>

## 2.2.- *Noción de falta personal*

En cuanto a la falta personal, se ha consignado por nuestra jurisprudencia, que es aquella “...que comete el funcionario actuando con extrema negligencia o dolo, imprudencia temeraria..., que por estar vinculada con el servicio, ya sea porque se ha cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma, con los medios proporcionados por el servicio, dará lugar también a la responsabilidad estatal si se han generado perjuicios”.<sup>23</sup> Se agrega, que

“[I]a falta personal, igualmente constituye un parámetro por el cual se determina la responsabilidad del funcionario o agente público, identificándolo, en que se analiza precisamente su conducta concreta. Dicho título de imputación excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio y para su configuración se tiene en cuenta la forma en que actúa el empleado, cuyo obrar permite ser calificado, igualmente, de inadecuado, inoportuno, deficiente o de una omisión indebida del agente público, se habla en tales casos de la culpa o dolo del funcionario por una conducta en que concurra impericia, imprudencia, negligencia o se incumpla la normativa que regula la materia, en que, para facilitar la acreditación, se señala que la conducta no está acorde a un comportamiento medio. Podrá estar presente la falta personal tanto en el caso en el que la falta de servicio se excluye, como cuando la falta tenga alguna vinculación

<sup>21</sup> CORDERO, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado: bases para una sistematización*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, 1º ed., p. 167.

<sup>22</sup> CÁRCAMO, cit. (n. 11), p. 32.

<sup>23</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 8º.

con el servicio”.<sup>24</sup>

Para BERMÚDEZ, la falta personal se entiende como falta en el cumplimiento de los deberes funcionariales del funcionario público. Este debe en general, velar por que su actuación se apegue a las disposiciones del Estatuto Administrativo, además de la correcta aplicación de los principios que inspiran el actuar administrativo, los cuales con su propia actuación debe encarnar. Si como resultado del ejercicio de la función pública el funcionario incurre en falta, y esta causa 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.<sup>25</sup>

En definitiva, la esencial función de la falta personal radica en habilitar al Estado, para accionar de reembolso en contra del funcionario, “en un escenario de contribución a la deuda, en el cual se podrá discutir, incluso su proporción”.<sup>26</sup>

La acción de repetición ha sido conceptualizada por nuestra jurisprudencia, como “el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción por los daños antijurídicos que les haya causado”.<sup>27</sup>

Según lo explica PIERRY, en Francia, se distinguen tres tipos de faltas personales: “aquellas cometidas en el ejercicio de las funciones”; “las cometidas con ocasión de la función” y, “aquellas desprovistas de todo vínculo con el servicio”.<sup>28</sup>

Respecto de esta última, la cual denominaremos –al igual que parte de la doctrina<sup>29</sup>– como falta personalísima, cabe señalar que no tiene importancia para efectos de nuestro trabajo, por cuanto al tratarse de un daño generado por una conducta total y absolutamente desligada del servicio, la responsabilidad civil recaerá siempre en el patrimonio personal del funcionario y no comprometerá el erario.<sup>30</sup> En todo caso, nos parece pertinente resaltar la importancia de la

<sup>24</sup> Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017, considerando 6°.

<sup>25</sup> BERMÚDEZ, cit. (n. 9), pp. 623-624.

<sup>26</sup> Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017, considerando 6°.

<sup>27</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 2015, Rol N° 5.499-2015, considerando 3°.

<sup>28</sup> PIERRY, Pedro, “Repetición del Estado contra el Funcionario”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 1995, XVI, p. 351.

<sup>29</sup> CARMONA, cit. (n. 10), p. 169.

<sup>30</sup> Según la ha conceptualizado la doctrina, “es aquella en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio, ante el juez civil, según las reglas del derecho privado”. RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 316.

distinción, por cuanto esta permite deslindar la responsabilidad orgánica con la responsabilidad estrictamente personal del funcionario,<sup>31</sup> dejando así, a salvo el patrimonio público, cuestión que, por la inexistencia de parámetros normativos, es de exclusiva determinación judicial.<sup>32-33</sup>

Con la finalidad de sistematizar los tipos de falta personal, seguiremos el planteamiento efectuado por PIERRY, quien explica que, “las faltas cometidas en el ejercicio de las funciones y con ocasión de ellas, son a su vez de diversos tipos...

1. En el ejercicio de las funciones. Dentro de ellas se encuentran: a) Funcionario que actúa animado por intereses privados. b) Excesos en el comportamiento, ej., actuando en estado de ebriedad. c) Particular gravedad, ej., fumar en un depósito de municiones. 2. Falta cometida no en el ejercicio del cargo pero con ocasión de la función. ej., conductor del vehículo fiscal que se desvía de la ruta para visitar a su novia. 3. Falta cometida fuera del servicio, pero gracias a los medios que éste le proporciona y que no hubiera podido cometer sin ellos”.<sup>34</sup>

Importante resulta destacar que la acción de repetición procede en el caso de falta personal cometida tanto en función del servicio como con ocasión de este, sin que el legislador efectúe diferenciaciones al respecto.

Por su parte, la regulación contenida en la Ley N° 19.966,<sup>35</sup> al tratarse de una más reciente en comparación a la citada anteriormente en este trabajo, resulta algo más desarrollada. Su artículo 38 consagra como régimen de responsabilidad patrimonial aplicable a los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria la falta de servicio -inciso 1º-, agregando que estos, en la medida que sean condenados en juicio, tienen derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y

<sup>31</sup> Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017, considerando 6º.

<sup>32</sup> Como lo señala la doctrina, “esta falta se separa del ejercicio de la función, ya sea materialmente, cuando se ha cometido sin ningún vínculo o relación con el servicio -incluso aquí es irrelevante la calidad de funcionario público, pues se debe a una actuación culposa que cualquier persona cometería en el orden de la esfera privada-, o también psicológicamente (o elemento de intencionalidad), cuando a pesar de haber sido cometido dentro del servicio, así como señala Laferriere; la acción revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones e imprudencias. Esta última clasificación recibe dos aplicaciones prácticas: a) el funcionario ha obedecido a móviles personales, como por ejemplo; deseos de venganza, búsqueda de un interés particular; etc. b) en Francia también se ha desarrollado el concepto de “gravedad excepcional”, el cual se explica como “un desprecio total de las reglas deontológicas o bien errores profesionales muy groseros”; ejemplo de esto: un bombero que provoca un accidente encontrándose en estado de ebriedad, un médico de turno que se rehúsa asistir a un enfermo grave”. CARMONA, cit. (n. 10), p. 169-171.

<sup>33</sup> Un caso en que nuestra Corte Suprema aplicó esta noción de falta personalísima para excluir la responsabilidad patrimonial del organismo público en: Corte Suprema, 16 de marzo de 2010, Rol N° 2986-2009.

<sup>34</sup> PIERRY, cit. (n. 28), pp. 351-352.

<sup>35</sup> Ley N° 19.966, 2004.

en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario debe siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, prescribiendo en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada -inciso final-.

Su artículo 39, en lo que interesa, precisa que, “en el caso señalado en el inciso final del artículo anterior, 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”, es decir, aquella que hubiere condenado al organismo a reparar los perjuicios ocasionados al particular.

En todo caso, como lo apunta la doctrina nacional, “en el plano exclusivo de los principios no resulta completamente establecido que de los daños que el Estado deba pagar a particulares, por sentencia judicial, deba responder siempre el funcionario. Por el contrario, la regla es precisamente la contraria. Excepcionalmente debe responder el funcionario con su patrimonio”.<sup>36</sup> Así lo ratifica nuestra jurisprudencia judicial, la cual ha sentenciado que

“...ha de aclararse desde ya, que la circunstancia que el Estado se dirija en contra del funcionario para obtener la reparación de lo que ha pagado en calidad de responsable civil es excepcional, siendo la regla general precisamente la contraria. En efecto, sólo en aquellos casos en que el Estado es condenado a pagar sin que hubiera incurrido en falta de servicio, sino por la falta personal de uno de sus agentes -cúmulo de responsabilidades sin cúmulo de faltas-, se encuentra autorizado para dirigirse posteriormente en contra del funcionario. También en el excepcional caso en que concurra tanto una falta de servicio como una falta personal -cúmulo de responsabilidades y cúmulo de faltas-, aunque en este caso por la mitad de lo ordenado pagar”.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> PIERRY, cit. (n. 28), p. 349.

<sup>37</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 7°.

### *III. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONARIOS Y SU RELACIÓN CON LA FALTA PERSONAL. LA NECESIDAD DE INSTRUIR UN PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO*

La regulación estatutaria contempla un extenso catálogo de deberes funcionarios, algunos configurados como obligaciones -prestaciones de hacer- y otros como prohibiciones -prestaciones de no hacer-, cuyo incumplimiento o inobservancia puede traer aparejada responsabilidad administrativa. Por ello, el artículo 119 de la Ley N° 18.834<sup>38</sup> y el artículo 118 de la Ley N° 18.883,<sup>39</sup> en términos análogos, establecen que el funcionario que infringiere sus deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o, en su caso, de medidas disciplinarias (inciso 1°). Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo (inciso 2°).

Ahora bien, como lo precisan los artículos 120 de la Ley N° 18.834 y 119 de la Ley N° 18.883, la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, por ende, conforme a la naturaleza de la conducta, esta podría generar solo un tipo de responsabilidad, dos de ellas o todas a la vez.

Precisado lo anterior, nos parece necesario señalar que, en nuestra opinión, no todo incumplimiento de deberes funcionarios será constitutivo de falta personal, no obstante, toda falta personal, necesariamente implicará una falta administrativa. Así, por lo demás, lo ratifica nuestra jurisprudencia judicial,<sup>40</sup> habiéndose sentenciado 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 que no reviste caracteres de extrema gravedad".<sup>41</sup>

Lo anterior, nos parece de la máxima importancia, ya que, en caso de absolución del funcionario en el marco del procedimiento disciplinario que debiera siempre instruirse -según lo explicaremos más adelante-, ello sería un obstáculo insalvable para deducir con éxito la demanda de reembolso. Si no se acredita la existencia de un incumplimiento de deberes funcionarios, será naturalmente imposible acreditar con posterioridad la existencia de una falta personal en el proceso judicial.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Ley N° 18.834, 2005.

<sup>39</sup> Ley N° 18.883, 1989.

<sup>40</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 8°.

<sup>41</sup> Corte Suprema, 07 de noviembre de 2022, Rol N° 9589-2022, considerando 13°.

<sup>42</sup> En sentido similar: PIERRY, cit. (n. 28), pp. 353-354.

Dado que la responsabilidad por falta de servicio es un régimen anónimo,<sup>43</sup> en el cual, para facilitar la prueba de la víctima del daño no se requiere individualizar al o los funcionarios que lo hubieren causado, pudiendo dirigirse la demanda indemnizatoria directamente en contra del organismo, es que, en el evento de que el Estado pretenda, con posterioridad, accionar de repetición o de reembolso en contra del funcionario, deberá, en nuestra opinión, ineludiblemente, instruir previamente el procedimiento disciplinario correspondiente para identificar al funcionario o funcionarios involucrados; determinar la forma de ocurrencia de los hechos; la participación y grado de responsabilidad que pudiere corresponderle a los inculpados;<sup>44</sup> así como la relación de causalidad entre la falta funcionaria y el daño o perjuicio causado a la víctima.

Lo anterior, por lo demás, tal y como lo constata PIERRY, no es extraño en el derecho comparado. En Francia y en España, “lo normal será que las situaciones que puedan dar origen a la responsabilidad del Estado por falta personal ya hayan sido investigadas internamente por la Administración en un sumario administrativo”.<sup>45</sup>

Así, en el respectivo procedimiento disciplinario debe quedar, a lo menos, acreditado el incumplimiento de los deberes funcionarios por parte del agente causante del daño, pudiendo también, en su caso, ser calificado como una falta personal, aunque esto último, es de exclusiva determinación jurisdiccional, al momento de conocer y resolver la demanda de repetición.<sup>46</sup>

Si bien la exigencia de iniciar un procedimiento disciplinario, en nuestro ordenamiento jurídico, solo aparece consignada en el artículo 39 de la Ley N° 19.966 a propósito de la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador por su actividad sanitaria -sin que aparezca con claridad de la regulación legal que ello es un presupuesto o requisito indispensable para accionar de repetición

<sup>43</sup> Según lo sostienen, entre otros: BERMÚDEZ, cit. (n. 9), p. 620; CARMONA, cit. (n. 10), pp. 158-159; CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad por falta de servicio”, en: AGUILAR, G. (coord.), *La evolución del derecho público en el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Santiago, 2019, p. 47; AGÜERO, Claudio; SANDOVAL, Sebastián; ZAMBRANO, Juan Pablo, “La falta de servicio en la ley N° 19.966 (GES)”, *Revista Ius et Praxis*, 2020, Año 26, N° 1, p. 178. En la misma línea, Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017, considerando 6°.

<sup>44</sup> Exigiéndose, para configurar la falta personal que permite accionar de repetición, una conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario. Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 7°. No se trata de cualquier incumplimiento de obligaciones funcionarias ni es equivalente a mera culpa. Así, existirá una diversidad de situaciones imprudentes o negligentes que estrictamente no correspondan a faltas personales. Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 8°.

<sup>45</sup> PIERRY, cit. (n. 28), p. 353.

<sup>46</sup> Lo que, por lo demás, se ratifica con lo prescrito en el inciso final del artículo 38 de la Ley N° 19.966, que, si bien refiere a un ámbito específico de responsabilidad patrimonial del Estado Administrador, ello no es óbice para entenderlo del mismo modo en otras materias.

contra el funcionario conforme lo prevé el inciso final del artículo 38 del mismo cuerpo normativo-, nos parece que, efectuando una interpretación teleológica o finalista de la norma, la instrucción del respectivo procedimiento administrativo se traduce en un imperativo, una exigencia legal ineludible para el éxito de la acción de reembolso.

No es posible olvidar, que las autoridades o jefaturas de los organismos de la Administración del Estado, en virtud del control jerárquico permanente que les es propio (artículo 11, Ley N° 18.575), detectada una irregularidad o anomalía en el servicio, se encuentran en el imperativo de instruir el procedimiento disciplinario respectivo, ello, para investigar la situación ocurrida y, en su caso, determinar el eventual incumplimiento de deberes funcionarios para hacer efectiva la correspondiente responsabilidad administrativa del o de los involucrados.

Como lo ha dictaminado la Contraloría General de la República, “la obligación de las autoridades de ejercer el control jerárquico sobre los funcionarios a su cargo -el que corresponde tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones pertinentes-, debe ser permanente lo cual requiere del despliegue de acciones propiciadas por las jefaturas y autoridades para que, actuando dentro de las competencias propias, alcancen la finalidad de conseguir una adecuada labor de las unidades a su cargo”<sup>47</sup>

En el mismo sentido y con mayor claridad, se ha dictaminado que, “cuando la autoridad administrativa llamada a ejercer la potestad disciplinaria, no lo hace debiendo hacerlo, no solo está amparando o encubriendo al funcionario infractor, sino que está incurriendo en una grave omisión y en una inadecuada utilización de sus facultades, lo que claramente implica una inobservancia del principio de probidad, según lo establecido en el artículo 52 en relación con los artículos 53 y 62 N° 8, todos de la ley N° 18.575”<sup>48-49</sup>

<sup>47</sup> Contraloría General de la República, 18 de marzo de 2013, Dictamen N° 17.215-2013; Contraloría General de la República, 26 de agosto de 2014, Dictamen N° 65.718-2014; Contraloría General de la República, 20 de mayo de 2015, Dictamen N° 40.520-2015.

<sup>48</sup> Contraloría General de la República, 26 de noviembre de 2007, Dictamen N° 53.493-2007.

<sup>49</sup> Si bien el Organismo Contralor ha establecido que “...no toda situación que afecte de manera negativa el cabal cumplimiento de los deberes, obligaciones y prohibiciones aplicables a los funcionarios públicos, importa necesariamente que se configure responsabilidad administrativa, pues en esta se incurre solo cuando la infracción a aquellos fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria” -Contraloría General de la República, 10 de enero de 2005, Dictamen N° 1.137-2005; Contraloría General de la República, 13 de marzo de 2005, Dictamen N° 12.751-2005; Contraloría General de la República, 14 de junio de 2006, Dictamen N° 28.260-2006-, entendemos que, en el caso de que el organismo administrativo sea demandado por un hecho dañoso, dada la naturaleza y gravedad de la situación -puesta en riesgo del patrimonio público-, no podría soslayarse la iniciación de un procedimiento al efecto.

Lo anterior, nos permite sostener que dicho requisito -instrucción previa de procedimiento disciplinario-, debe ser cumplido también, cuando se trata de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 o en el artículo 152 de la Ley N° 18.695 y, en general, en todos los ámbitos en que se vea o pudiera verse comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador.

En efecto, en el proceso judicial en el cual se tramita la acción indemnizatoria por falta de servicio que deduce el particular afectado en contra del organismo administrativo, no siempre -necesariamente-, el tribunal quedará compelido o en situación de determinar la eventual ocurrencia de una falta personal, ya que lo trascendente, como objeto del conflicto, es la determinación de una falta de servicio imputable directamente al organismo.

A su vez, aun cuando el tribunal tuviera por acreditada la falta personal, de no haber sido emplazado en dicho proceso judicial el funcionario afectado con dicha declaración, permitiéndole ejercer su derecho a la defensa, la sentencia definitiva que se pronuncie le sería inoponible por no haber sido parte del litigio, es decir, por el efecto relativo de esta (inciso 2°, artículo 3° Código Civil).<sup>50</sup>

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha sentenciado que: "...Sin embargo, lo dictaminado en ese juicio en cuanto haberse cometido una falta personal por un funcionario público, sólo vino a sustentar la obligación del Estado de resarcir los daños ocasionados al afectado, pero en ningún caso puede estimarse que dicha declaración resulta suficiente para comprometer la responsabilidad patrimonial del funcionario involucrado si éste no ha sido parte de dicho litigio".<sup>51</sup> Es más, en nuestra opinión, la existencia de una falta personal necesariamente deberá ser discutida y debidamente acreditada en el juicio de repetición, sin perjuicio de que lo que arroje el procedimiento disciplinario y el juicio indemnizatorio previo, pueda ser considerado al efecto por el tribunal que conozca de la acción de reembolso con posterioridad.

Según la doctrina, en el evento de que el tribunal, conociendo del juicio indemnizatorio dirigido por la víctima del daño contra el organismo administrativo, hubiere determinado la existencia de la falta personal, "...es necesario establecer

<sup>50</sup> Por ello, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha sentenciado que tres serían las instancias idóneas en que el funcionario podría ejercer su derecho a la defensa; "...la primera, en sede administrativa, mediante la respectiva instrucción de la investigación pertinente en la que participe activamente el funcionario; la segunda, a través del ya citado "llamamiento en garantía", esto es, la citación del afectado realizada por el órgano perseguido a fin que comparezca a ejercer su defensa en el juicio en que haya sido requerida la Administración por la víctima y, la tercera,... el proceso en el que se persigue el pago de lo que el Estado debió pagar por concepto de indemnización de los perjuicios causados u originados en la falta personal del funcionario". Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 2015, Rol N° 5.499-2015, considerando 9°.

<sup>51</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 12°.

cómo se hará efectiva. Dos soluciones puede haber a este respecto. La primera consiste en sostener que sería necesario un juicio que el ente público debe seguir al funcionario, donde no se podría discutir la naturaleza de la falta ni el monto de los daños, sino que tendría únicamente por objeto obtener el reembolso de lo pagado. La segunda solución es de requerir en todo caso un sumario administrativo, donde se puede llegar a una solución diversa de la del juez, aplicando, una vez afinado, lo dispuesto en el artículo 61 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría”.<sup>52</sup>

En nuestra opinión -como ya lo adelantamos-, en el evento -excepcional- en que quedará determinada la existencia de una falta personal en el contexto del juicio indemnizatorio seguido por la víctima del daño en contra del organismo administrativo, las soluciones anteriormente propuestas no son excluyentes, ni tampoco del todo correctas, debiendo en todo caso, instruirse el correspondiente procedimiento disciplinario y, acto seguido, interponer la demanda de reembolso en contra del funcionario, debiendo acreditar el organismo demandante en dicho proceso judicial, la ocurrencia de una falta personal, para lo cual, el procedimiento disciplinario previamente instruido será un insumo probatorio valioso. Solo de este modo, la autoridad o jefatura del respectivo organismo estará cumpliendo con sus deberes funcionarios y, adicionalmente, se asegurará que el funcionario inculcado pueda discutir la naturaleza de la falta ejerciendo su derecho a la defensa, tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial.

Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema, señalando que: “... Efectivamente, será en el juicio en que el Estado ejerce la acción de repetición en que el tribunal habrá de pronunciarse sobre dicho tópico, teniendo la Administración la obligación de probar la falta personal del funcionario, el cual tendrá a su vez derecho a formular sus alegaciones que eventualmente puedan eximirlo de responsabilidad...”<sup>53</sup>

En definitiva, “si el Estado hace uso de su facultad de repetir en contra del funcionario para lograr el reembolso de lo que hubo de pagar, necesariamente deberá demostrar la concurrencia de una falta personal, única hipótesis en que es procedente el derecho a repetir, pero no podrá asilarse únicamente en una sentencia que lo hizo responsable de los daños provocados por el comportamiento de dicho funcionario, aun cuando haya sido tildado de “falta personal”, desde que lo discutido en esa sede era la responsabilidad de la Administración y no del agente”.<sup>54</sup>

De este modo, en la eventualidad de que en el juicio de indemnización de perjuicios iniciado por la víctima del daño no quede determinada la ocurrencia de una falta personal -que estimamos será la regla general-, más evidente resultará la

<sup>52</sup> PIERRY, cit. (n. 28), pp. 352-353.

<sup>53</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 13°.

<sup>54</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015, considerando 14°.

obligatoriedad de instruir el respectivo procedimiento disciplinario -si se estima ha existido incumplimiento de deberes funcionarios- y, luego, la necesidad de acreditar la falta personal en el juicio de reembolso.

Por lo anterior, discrepamos de PIERRY, cuando afirma que “la solución propuesta consiste en la absoluta necesidad que el juez de la causa en su sentencia definitiva emita un pronunciamiento sobre la naturaleza de la falta” y que “la omisión de ello debiera constituir una contravención directa a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración”<sup>55</sup> (lo que debe entenderse referido al actual artículo 42 de la ley N° 18.575), por cuanto, ese no es el objeto ni la finalidad central del proceso iniciado por la víctima.

Como lo hemos señalado con anterioridad en este trabajo, el juicio indemnizatorio trabado entre la víctima del daño y el organismo administrativo, tiene por finalidad determinar la existencia de perjuicios derivados de una falta de servicio atribuible a la Administración del Estado, constituyendo un régimen de responsabilidad anónimo y, por ende, en él, no es objeto -necesariamente- la individualización del o los funcionarios causantes del daño, ni mucho menos la determinación de la existencia de una falta personal. Esta primera acción deducida por la víctima debe dirigirse únicamente en contra del Estado y no en contra del funcionario, salvo que el particular, opte derechamente por demandar al o los funcionarios, excluyendo al Estado, en cuyo caso lo hará conforme a las disposiciones del derecho común (artículos 2314 y siguientes del Código Civil).

#### *IV. DOS PROBLEMÁTICAS ADICIONALES DERIVADAS DE NUESTRO PLANTEAMIENTO: LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA*

En cuanto al valor probatorio en la gestión judicial de reembolso, de los antecedentes que pudieren recopilarse en el procedimiento disciplinario destinado a acreditar un eventual incumplimiento de deberes funcionarios a partir del hecho generador del daño, nos parece que, si bien podría cuestionarse la existencia de una prueba preconstituida por una de las partes intervinientes en dicho litigio -en este caso, la Administración del Estado-, consideramos que ello no es una cuestión que pueda afirmarse categóricamente.

No puede ignorarse que los procedimientos disciplinarios se encuentran previstos en la ley con una precisa finalidad -incluso, es expresamente exigida su iniciación en el caso del artículo 39 de la Ley N° 19.966-; deben ser tramitados de manera imparcial y con estricto apego al principio de probidad administrativa por el

<sup>55</sup> PIERRY, cit. (n. 28), p. 354.

órgano instructor -artículo 11 Ley N° 19.880<sup>56</sup>-; están sujetos a un eventual control administrativo y jurisdiccional -si así lo requiere el inculpa-; tienen por objeto, con la activa participación del inculpa, comprobar el eventual incumplimiento de deberes funcionarios por parte de los servidores públicos -y no, necesariamente, de una falta personal- para, en su caso, hacer efectiva su responsabilidad disciplinaria; y, finalmente, constituirá un medio probatorio más que el tribunal, en conocimiento de la acción de reembolso, deberá aquilatar y ponderar.

En ese contexto, no nos parece que, en cuanto medio probatorio instrumental, pueda ser objetado en todo caso por el demandado, el que, incluso, podría verse beneficiado con su incorporación al proceso.

Otra problemática que deriva de nuestro planteamiento y que nos parece necesario abordar, dice relación con el eventual transcurso del plazo de prescripción de la acción disciplinaria. Como es sabido, el artículo 157 de la Ley N° 18.834 y el 153 de la Ley N° 18.883, establecen como causal de extinción de la responsabilidad administrativa, la prescripción de la acción disciplinaria. Por su parte, los artículos 158 de la Ley N° 18.834 y 154 de la Ley N° 18.883, prescriben que, por regla general, la acción disciplinaria de la Administración en contra del funcionario prescribe en un plazo de cuatro años contados desde el día en que este hubiere incurrido en la acción u omisión a que le da origen.

Ahora bien, en este escenario, existen cuatro opciones posibles:<sup>57</sup>

a) Que el procedimiento disciplinario se instruya con anterioridad al inicio del juicio indemnizatorio seguido por la víctima del daño en contra del organismo, en cuyo caso, no se presentaría la problemática, ya que ello supone que la acción disciplinaria no se encuentra prescrita -es necesario recordar que el plazo de prescripción de la acción disciplinaria coincide con el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria que corresponde a la víctima-. Por el contrario, si estuviese prescrita la responsabilidad disciplinaria, en la mayoría de los casos, se encontraría prescrita la acción indemnizatoria, salvo en aquellas situaciones en que el daño se manifiesta con posterioridad al hecho que lo genera, caso en el cual el cómputo del plazo comienza con su constatación;

b) Que el procedimiento disciplinario se instruya en paralelo al inicio del juicio indemnizatorio seguido por la víctima del daño en contra del organismo, en cuyo caso, no se presentaría la problemática, dado que al estar prescrita la acción disciplinaria, por regla general, estaría prescrita la acción indemnizatoria

<sup>56</sup> Ley N° 19.880, de 2003.

<sup>57</sup> Sin perjuicio de advertir al lector de la complejidad práctica en cuanto a visualizar las hipótesis teóricas planteadas en los casos concretos que pudieren presentarse. Así, la diferenciación general presentada resulta útil para despejar la problemática, no obstante los matices que puedan existir conforme al caso concreto y que pudieren no estar previstos en alguna de las cuatro hipótesis esbozadas.

-conforme al artículo 2332 del Código Civil o, en su caso, según el artículo 40 de la Ley N° 19.966- y, por ende, ninguna acción de reembolso podría ejercerse con posterioridad al rechazarse la demanda;<sup>58</sup>

c) Que el procedimiento disciplinario se instruya en el transcurso del juicio indemnizatorio seguido por la víctima del daño en contra del organismo, en cuyo caso, podría estar prescrita la acción disciplinaria, según el tiempo que haya transcurrido desde el día en que se concretó la acción u omisión generadora de la eventual responsabilidad administrativa;

d) Que el procedimiento disciplinario se instruya una vez que el organismo administrativo ha sido condenado a resarcir los perjuicios a la víctima del daño, que dicho sea de paso, es la opción legislativa prevista en el artículo 39 de la Ley N° 19.966 en materia sanitaria, en cuyo caso, dado la demora en la tramitación de los procesos judiciales, es altamente probable que la acción disciplinaria se encuentre prescrita.

Sin perjuicio de todo lo anterior, estimamos que la eventual declaración de prescripción de la responsabilidad administrativa en el procedimiento disciplinario -lo que excluirá la posibilidad de aplicar un castigo al funcionario-, no obsta a que, en el mismo procedimiento, se proceda a la determinación de los hechos acaecidos y, en su caso, de la participación que le hubiere correspondido al o a los funcionarios involucrados.

Si bien lo señalado precedentemente pudiere estimarse contradice parte de nuestra jurisprudencia administrativa,<sup>59</sup> la cual ha sustentado que, advertida la prescripción de la acción disciplinaria, previo a la iniciación del procedimiento, no resulta procedente iniciarlo y que, en caso de haberse iniciado, no debe demorarse su declaración y el consiguiente sobreseimiento conforme al artículo 135, inciso 2°, de la Ley N° 18.834, y al artículo 133, inciso 2°, de la Ley N° 18.883 -según corresponda-, nos parece que tratándose de una situación en la cual existe o pudiere existir compromiso de la responsabilidad patrimonial del organismo público -eventualmente vinculado a una falta personal-, dicha línea jurisprudencial debe ser matizada -o, en su caso, reconsiderada por el organismo contralor-, de tal modo de que sea posible dar cumplimiento a lo prescrito, por ejemplo, en el artículo 39 de la Ley N° 19.966 -aplicable por analogía a los restantes regímenes de responsabilidad

<sup>58</sup> En todo caso, por razones estratégicas, desde la perspectiva de la Administración del Estado, no parece razonable exigir jurídicamente la instrucción del procedimiento disciplinario en esta temprana etapa, por cuanto, en caso de sancionar al funcionario respectivo aplicando una medida disciplinaria, ello generaría un cómodo y, posiblemente, exitoso escenario judicial para la víctima del daño que ha demandado los perjuicios ocasionados.

<sup>59</sup> Contraloría General de la República, 5 de enero de 2021, Dictamen N° E65726-2021; Contraloría General de la República, 12 de diciembre de 2014, Dictamen N° 96.305-2014; Contraloría General de la República, 14 de octubre de 2011, Dictamen N° 64.814-2011.

patrimonial-, en cuanto a que “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”. De no adherir al planteamiento recién señalado, ninguna eficacia práctica tendría la norma legal en análisis, por cuanto, en la mayoría de los casos, será altamente probable que la acción disciplinaria se encuentre prescrita por las demoras propias de los procesos judiciales.

Por ende, nos parece que la problemática relativa a la eventual extinción de la responsabilidad disciplinaria por aplicación de las reglas de prescripción, al menos, en lo que importa para efectos de la acción de reembolso, es más aparente que real.

En todo caso, conviene precisar, que la prescripción de la acción de repetición comenzará a correr, recién, desde la fecha en que la sentencia que condene al organismo público quede firme.

#### *V. EN CUANTO A LA ATRIBUCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PREVISTA EN EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY N° 10.336*

En nuestra opinión, la facultad que el inciso 2°, del artículo 67 de la Ley N° 10.336<sup>60</sup> confiere al Contralor General de la República, en cuanto a ordenar que se descuenta de las remuneraciones de los funcionarios, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas, se encuentra siempre condicionado a la existencia de una sentencia judicial que haya condenado al funcionario público a reembolsar aquellos recursos al aparato público por haber incurrido en falta personal.<sup>61</sup>

Es decir, nos encontramos solo frente a una modalidad adicional -alternativa- de cumplimiento o ejecución de una sentencia judicial ejecutoriada, diversa de aquellas previstas en los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,<sup>62</sup> la que encuentra su justificación en la especial vinculación que existe entre el funcionario y el organismo administrativo, sumado al rol que a la Contraloría General de la República se le atribuye desde la perspectiva constitucional –artículo

<sup>60</sup> Ley N° 10.336, 2021.

<sup>61</sup> En sentido similar, CÁRDENAS, Hugo, “La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico-sanitario”, en: *Estudios de Derecho Civil V, VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 537-539.

<sup>62</sup> Ley N° 1.552, 1902.

98– y legal –artículo 1º, Ley N° 10.336–.

Por ende, dicha disposición legal no autoriza al Contralor a retener, por el solo hecho de la condena impuesta al organismo, recursos que son de propiedad del funcionario, si no ha mediado condena a este último.

En este punto, disentimos de PIERRY, en cuanto sustenta que, “tratándose no ya de actos realizados en el ejercicio de las funciones, esto es, en casos de faltas personales cometidas con ocasión de la función o con los medios puestos por el servicio, no procede la aplicación del artículo 67, ya que éste se refiere expresamente a los ‘actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas’”.<sup>63</sup> Lo anterior, dado que, como en nuestra opinión, la determinación de la existencia de una falta personal –cualquiera sea– corresponde exclusivamente al tribunal que conozca de la acción de repetición –y no al organismo contralor ni al servicio al cual pertenece el funcionario–, requiriéndose siempre sentencia condenatoria respecto del funcionario respectivo, parece innecesaria la diferenciación, dado que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

Si la interpretación del inciso 2º del artículo 67 de la Ley N° 10.336, fuere contraria a la señalada, no podría sino concluirse que dicha disposición legal preconstitucional adolece de una inconstitucionalidad sobreviniente -por contravenir lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 38 de la Carta Fundamental-, en su caso, que se encuentra derogada tácitamente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 4º y 42 de la Ley N° 18.575, 152 de la Ley N° 18.695 y 38 de la Ley N° 19.966, dado que resultaría incompatible y anacrónica con el sistema de responsabilidad establecido, con posterioridad, por el legislador.

Nótese que en el ámbito analizado no estamos frente a un uso, abuso, empleo ilegal, pérdida o deterioro de fondos o bienes públicos que estén a cargo o custodia del funcionario -artículos 60 y 61 Ley N° 10.336-, lo que, en su caso, es de competencia de los tribunales de cuentas -sin perjuicio de la competencia de los tribunales ordinarios-, ya sea a partir de un reparo -artículo 107 bis Ley N° 10.336-, ya sea a partir de las conclusiones de un sumario administrativo instruido por la Contraloría General de la República (artículo 129, Ley N° 10.336).

Tampoco estamos en presencia de un daño causado directamente por el funcionario al servicio público, que pueda perseguirse por medio de un juicio de cuentas luego de un sumario administrativo instruido por Contraloría General de la República o a través de un juicio ordinario.

Es más, el procedimiento disciplinario que estimamos obligatorio instruir en el caso de que el organismo administrativo condenado a resarcir los perjuicios pretenda accionar de reembolso, se instruye al interior del propio servicio al que pertenece el funcionario -y no por la Contraloría-, por ende, jamás podría dar lugar

<sup>63</sup> PIERRY, cit. (n. 28), p. 352,

a la iniciación de un juicio de cuentas o al ejercicio de las atribuciones conferidas al Contralor en el inciso final del artículo 61 o en el inciso 2° del artículo 67, ambos, de la Ley N° 10.336. Como lo precisamos anteriormente, la atribución del inciso 2° del artículo 67 solo es procedente, frente a la existencia de una sentencia judicial que haya condenado al funcionario público a reembolsar aquellos recursos al aparato público por haber incurrido en falta personal.

#### *VI. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN O REEMBOLSO EN CONTRA DEL FUNCIONARIO QUE HA CAUSADO EL DAÑO MEDIANDO FALTA PERSONAL, EN AQUELLOS CASOS DE ORGANISMOS EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY N° 18.575*

Respecto de aquellos organismos que conforme al inciso 2°, del artículo 21 de la Ley N° 18.575, no les resulta aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio previsto en el artículo 42 del mismo cuerpo normativo, si bien la jurisprudencia ha encontrado distintos fundamentos para extender la aplicación de dicho régimen a toda la Administración del Estado,<sup>64</sup> cabe preguntarse por la viabilidad, en esos casos, de accionar de reembolso o de repetición en aquellas situaciones en que el organismo ha sido condenado a resarcir los perjuicios mediando falta personal.

Como lo hemos analizado con anterioridad,<sup>65</sup> distintas alternativas se presentan al respecto.

Una primera opción, sería entender que al nacer la noción de falta de servicio desde las normas civiles como equivalente a la culpa civil,<sup>66</sup> se traspasaría automáticamente a las instituciones excluidas de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, la regla que reconoce al Estado el derecho a accionar de repetición en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

<sup>64</sup> Por ejemplo, recurriendo a las principales normas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, aplicando la institución de la falta de servicio a partir de los artículos 2314 y 2329, como en: Corte Suprema, 30 de julio de 2009, Rol N° 371-2008; Corte de Apelaciones de Arica, 27 de agosto de 2010, Rol N° 4-2010; Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, Rol N° 1.760-2009; Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, Rol N° 22.132-2014, entre otras; o, más recientemente, sosteniendo que la exclusión referida en el artículo 21 de la Ley N° 18.575 no afecta la disposición del artículo 4° y, bajo la aplicación del artículo 1° del mismo cuerpo normativo, se construye el régimen de falta de servicio aplicable a organismos inicialmente excluidos de aquél, como en: Corte Suprema, 13 de mayo de 2021, Rol N° 97.186-2020; Corte Suprema, 05 de agosto de 2021, Rol N° 82-2021; Corte Suprema, 25 de enero de 2022, Rol N° 4.191-2021; Corte Suprema, 11 de julio de 2022, Rol N° 85.903-2021, entre otras.

<sup>65</sup> CÁRCAMO, cit. (n. 11), pp. 38-39.

<sup>66</sup> Si se adhiriera a dicha tesis.

Una segunda alternativa de solución, es aplicar derechamente la regla de los artículos 2320 o 2322 -responsabilidad por el hecho ajeno- y, en especial, el 2325 del Código Civil, este último en cuanto prescribe que las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de estas, 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 del mismo cuerpo normativo.<sup>67</sup>

Una tercera propuesta, es simplemente aplicar las reglas de la acción subrogatoria contenida en el artículo 1522 en concordancia con los establecido en el artículo 1610 numeral 3°, ambos del Código Civil, es decir, entendiendo que el Estado se subroga en la posición jurídica y derechos de la víctima del daño.<sup>68</sup>

Una cuarta tesitura, a la cual adherimos, es entender que la acción de repetición o reembolso del Estado contra el funcionario que hubiere causado el daño incurriendo en falta personal, emana de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política de la República y del artículo 4° de la Ley N° 18.575. La primera de las normas, en la parte pertinente, reza: "...sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". La segunda disposición aludida, en lo que interesa, señala: "...sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". De este modo, consideramos que, a partir de dichas reglas, sin necesidad de recurrir al derecho común, es posible sustentar la existencia de la responsabilidad patrimonial personal del funcionario frente al Estado, cuando este ha debido reparar los daños causados por el primero habiendo incurrido en hipótesis de falta personal.

## VII. CONCLUSIÓN

A partir de todo lo revisado y analizado precedentemente en este trabajo, es posible extraer las siguientes conclusiones.

En nuestro ordenamiento jurídico se distingue con claridad entre la responsabilidad patrimonial orgánica del servicio y la responsabilidad patrimonial personal del funcionario. Por ende, de hacerse efectiva la responsabilidad del organismo, ello no obsta a la posterior responsabilidad que pudiere afectar a aquél o aquellos funcionarios que hubieren, con su conducta o actividad, causado el perjuicio.

<sup>67</sup> Corte Suprema, 28 de marzo de 2013, Rol N° 3844-2010.

<sup>68</sup> Ésta fue la solución aplicada por nuestra jurisprudencia judicial en: Corte Suprema, 12 de junio de 2007, Rol N° 2954-2006, en el contexto de la acción de repetición deducida por el Fisco de Chile en el conocido caso *Beraud*.

No obstante lo anterior, la regulación en la materia es tremendamente escueta, sin que exista precisión normativa en cuanto a qué es la falta de servicio, en qué consiste la falta personal, ni cuál es la exigencia formal para que el organismo público pueda accionar en contra del funcionario de haber mediado una falta personal en la generación del daño. Por ende, algunos de dichos aspectos han sido determinados por la doctrina y la jurisprudencia.

En segundo término, cabe consignar, que la institución de la falta personal -que puede llegar a comprometer la responsabilidad orgánica del servicio-, es susceptible de ser clasificada entre falta cometida en el ejercicio de las funciones o con ocasión de ellas, incluyendo, aquella falta cometida fuera del servicio, pero gracias a los medios que este le proporciona y que, sin ellos, no hubiera podido cometerse.

Sin perjuicio de ello, no todo incumplimiento de deberes funcionarios será constitutivo de falta personal, no obstante, toda falta personal, necesariamente implicará una falta administrativa.

Ahora bien, dado que la responsabilidad por falta de servicio es un régimen anónimo, en el evento de que el Estado pretenda, con posterioridad, accionar de repetición o de reembolso en contra del funcionario por estimar que ha incurrido en falta personal, deberá, en nuestra opinión, ineludiblemente, instruir previamente el procedimiento disciplinario respectivo.

Así, en el procedimiento debe quedar, a lo menos, acreditado el incumplimiento de los deberes funcionarios por parte del agente causante del daño, pudiendo también, en su caso, ser calificado como una falta personal, aunque esto último, es de exclusiva determinación jurisdiccional, al momento de conocer y resolver la demanda de repetición.

Lo anterior, encuentra su fundamento en que las autoridades o jefaturas de los organismos de la Administración del Estado, en virtud del control jerárquico permanente que les es propio, detectada una irregularidad o anomalía en el servicio, se encuentran en el imperativo de instruir el procedimiento disciplinario respectivo, ello, para investigar la situación ocurrida y, en su caso, determinar el eventual incumplimiento de deberes funcionarios para hacer efectiva la correspondiente responsabilidad administrativa del o de los involucrados.

Ello, nos permite sostener que dicho requisito -instrucción previa de procedimiento disciplinario-, debe ser cumplido cualquiera sea el ámbito en que se vea o pudiera verse comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador habiendo mediado -presumiblemente- una falta personal.

No es posible ignorar que en el proceso judicial en el cual se tramita la acción indemnizatoria por falta de servicio que deduce el particular afectado en contra del organismo administrativo, no siempre, el tribunal quedará en situación de determinar la eventual ocurrencia de una falta personal, ya que lo trascendente, como objeto del conflicto, es la determinación de una falta de servicio imputable

directamente al organismo. En su caso, aun cuando el tribunal tuviera por acreditada la falta personal, de no haber sido emplazado en dicho proceso judicial el funcionario afectado con dicha declaración, permitiéndole ejercer su derecho a la defensa, la sentencia definitiva que se pronuncie le sería inoponible por no haber sido parte del litigio.

Por ende, estimamos que solo instruyendo el correspondiente procedimiento disciplinario la autoridad o jefatura del organismo estará cumpliendo con sus deberes funcionarios y, adicionalmente, se asegurará que el funcionario inculpado pueda discutir la naturaleza de la falta ejerciendo su derecho a la defensa, tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial de repetición.

Por otro lado, estimamos que la eventual prescripción de la responsabilidad administrativa en el procedimiento disciplinario -lo que dependerá del momento en que éste se instruya-, si bien excluiría la posibilidad de aplicar un castigo al funcionario, no obsta a que, en el mismo procedimiento, se proceda a la determinación de los hechos acaecidos y, en su caso, de la participación que hubiere correspondido a los funcionarios involucrados. Esta conclusión -como fue expuesto en el cuerpo del trabajo- implica matizar los criterios de la jurisprudencia administrativa existentes en la actualidad, conforme a los cuales, advertida la prescripción de la acción disciplinaria, previo a la iniciación del procedimiento, no resulta procedente iniciarlo y que, en caso de haberse iniciado, no debe demorarse su declaración y el consiguiente sobreseimiento. Solo de este modo, tendría eficacia práctica la norma legal contenida en el artículo 39 de la Ley N° 19.966 -aplicable por analogía a los otros regímenes de responsabilidad-, la cual ordena imperativamente la iniciación del procedimiento disciplinario en la hipótesis que contempla.

También, es dable señalar que, desde nuestra perspectiva, la atribución del inciso 2°, del artículo 67 de la Ley N° 10.336, solo es procedente frente a la existencia de una sentencia judicial que haya condenado al funcionario público a reembolsar aquellos recursos al aparato público por haber incurrido en falta personal.

Finalmente, respecto de aquellos organismos que conforme al inciso 2°, del artículo 21 de la Ley N° 18.575, no les resulta aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio previsto en el artículo 42 del mismo cuerpo normativo -no teniendo régimen especial al efecto-, consideramos que la acción de reembolso o repetición es plenamente procedente en aquellas situaciones en que el organismo ha sido condenado a resarcir los perjuicios mediando falta personal, entendiendo que ella emana de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política de la República y del artículo 4° de la Ley N° 18.575. Así, a partir de dichas reglas, sin necesidad de recurrir al derecho común, es posible sustentar la existencia de la responsabilidad patrimonial personal del funcionario frente al Estado, cuando este ha debido reparar los daños causados por el primero habiendo incurrido en hipótesis de falta personal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### a) Doctrina

AGÜERO, Claudio; SANDOVAL, Sebastián; ZAMBRANO, Juan Pablo, “La falta de servicio en la ley N° 19.966 (GES)”, *Revista Ius et Praxis*, 2020, Año 26, N° 1, pp. 171-191.

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, reimpresión 1ª ed., 1230 p.

BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, 3° ed. actualizada, 836 p.

CÁRCAMO, Alejandro, “Algunas complejidades de la falta de servicio como título de atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Administrador”, en: AGUILAR, G. (coord.), *La evolución del derecho público en el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Santiago, 2019, pp. 27-42.

CÁRDENAS, Hugo, “La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico-sanitario”, en: *Estudios de Derecho Civil V, VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 527-541.

CARMONA, Esteban, *La Falta de Servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 64, Santiago, 2019, 302 p.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad por falta de servicio”, en: AGUILAR, G. (coord.), *La evolución del derecho público en el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Santiago, 2019, pp. 43-54.

CORDERO, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado: bases para una sistematización*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, 1° ed., 202 p.

PIERRY, Pedro, “Repetición del Estado contra el Funcionario”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1995, XVI, pp. 349-360.

RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, 590 p.

RODRIGUEZ, Pablo, “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, 2011, N° 23, pp. 9-68.

ROMÁN, Cristián, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio”, *Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional*, 2012, Vol. 1, N° 1, pp. 25-54.

### b) Normativa citada

Ley N° 1.552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 1902.

Ley N° 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, 1989.

D.F.L. N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, Sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, Que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908, Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, De impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, 2000.

D.F.L. N° 1 / D.F.L. N° 1-19653, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del

Estado, 2001.

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, 2003.

Ley N° 19.966, Establece un régimen de garantías en salud, 2004.

D.F.L. N° 29, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo, 2005.

Decreto N° 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 2005.

D.F.L. N° 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, 2006.

Decreto N° 2421, Fija texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, 2021.

### c) Jurisprudencia citada

Corte Suprema, 12 de junio de 2007, Rol N° 2.954-2006.

Corte Suprema, 30 de julio de 2009, Rol N° 371-2008.

Corte Suprema, 16 de marzo de 2010, Rol N° 2986-2009.

Corte de Apelaciones de Arica, 27 de agosto de 2010, Rol N° 4-2010.

Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, Rol N° 1.760-2009.

Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, Rol N° 22.132-2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 2015, Rol N° 5.499-2015.

Corte Suprema, 28 de marzo de 2013, Rol N° 3844-2010.

Corte Suprema, 26 de enero de 2016, Rol N° 3442-2015.

Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N° 14.945-2015.

Corte Suprema, 16 de junio de 2016, Rol N° 11.358-2015.

Corte Suprema, 25 de junio de 2018, Rol N° 35.228-2017.

Corte Suprema, 13 de mayo de 2021, Rol N° 97.186-2020.

Corte Suprema, 05 de agosto de 2021, Rol N° 82-2021.

Corte Suprema, 25 de enero de 2022, Rol N° 4.191-2021.

Corte Suprema, 11 de julio de 2022, Rol N° 85.903-2021.

Corte Suprema, 07 de noviembre de 2022, Rol N° 9589-2022.

Contraloría General de la República, 22 de julio de 1995, Dictamen N° 22.790-1995.

Contraloría General de la República, 10 de enero de 2005, Dictamen N° 1.137-2005.

Contraloría General de la República, 13 de marzo de 2005, Dictamen N° 12.751-2005.

Contraloría General de la República, 14 de junio de 2006, Dictamen N° 28.260-2006.

Contraloría General de la República, 26 de noviembre de 2007, Dictamen N° 53.493-2007.

Contraloría General de la República, 18 de marzo de 2008, Dictamen N° 12.212-2008.

Contraloría General de la República, 14 de octubre de 2011, Dictamen N° 64.814-2011.

Contraloría General de la República, 18 de marzo de 2013, Dictamen N° 17.215-2013.

Contraloría General de la República, 26 de agosto de 2014, Dictamen N° 65.718-2014.

Contraloría General de la República, 12 de diciembre de 2014, Dictamen N° 96.305-2014.

Contraloría General de la República, 20 de mayo de 2015, Dictamen N° 40.520-2015.

Contraloría General de la República, 5 de enero de 2021, Dictamen N° E65726-2021.

