



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- PUBLICADO EN OBRA COLECTIVA, “LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN EL SIGLO XXI”, ESTUDIOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LIBRO HOMENAJE PROFESOR DR. DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, TIRANT LO BLANCH, AÑO 2019, PÁGS. 27-42.

ALGUNAS COMPLEJIDADES DE LA FALTA DE SERVICIO COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL AL ESTADO ADMINISTRADOR

SOME COMPLEXITIES OF THE LACK OF SERVICE AS TITLE OF ATTRIBUTION OF PATRIMONIAL RESPONSIBILITY TO THE ADMINISTRATIVE STATE

Alejandro Cárcamo Righetti\*  
Profesor Derecho Administrativo Universidad Diego Portales, Pontificia  
Universidad Católica de Chile y Universidad Alberto Hurtado  
alejandro.carcamo@mail.udp.cl

RESUMEN: Este trabajo analiza someramente algunas complejidades que en la práctica suscita el régimen de responsabilidad por falta de servicio aplicable al Estado Administrador en nuestro medio jurídico nacional, centrándonos especialmente, en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que, a lo menos durante el transcurso del presente siglo, han pretendido configurarlo como el régimen de responsabilidad general aplicable a la Administración del Estado.

ABSTRACT: This paper briefly analyzes some complexities that in practice arise the regime of responsibility for lack of service applicable to the Administrator State in our national legal environment, focusing especially on doctrinal and jurisprudential criteria that, at least during the course of this century, have tried to configure it as the general liability regime applicable to the State Administration.

1



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

---

**PALABRAS CLAVE:** Principio de responsabilidad, Responsabilidad del Estado Administrador, Falta de servicio.

**KEYWORDS:** Principle of responsibility, Responsibility of the Administrator State, lack of service.

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca, Abogado, Magíster en Derecho Constitucional y Derecho Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca.



## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la perspectiva constitucional, los artículos 6°, 7° y 38 inciso segundo, son las disposiciones básicas que fundamentan la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador en Chile. No obstante lo anterior, pese a que un importante sector de la doctrina sustenta la existencia de un régimen de responsabilidad de derecho público y naturaleza constitucional<sup>1</sup> –atribuyéndole una serie de características en consecuencia-, lo cierto, es que existen quienes niegan la existencia de un régimen particular configurado a nivel constitucional<sup>2</sup>, siendo entonces una función del legislador modelarlo.

Siguiendo esta segunda tesis, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es el cuerpo normativo que, en sus artículos 3° y 4°, reitera y consagra a nivel legal el principio de responsabilidad que rige el actuar de los organismos de la Administración del Estado. Por su parte, recién el artículo 42 de la mencionada ley, nos entrega un régimen de responsabilidad patrimonial específico aplicable a la Administración Pública.

No obstante lo anterior, dado que la disposición legal en comento se inserta extrañamente dentro del Título II de “Normas Especiales” de la Ley N° 18.575, el régimen de responsabilidad por falta de servicio sólo resultaría aplicable, en principio, a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, dado que su artículo 21, inciso segundo, prescribe que “...las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”.

Lo problemático de esta situación es que revisadas las respectivas leyes orgánicas constitucionales y/o de quórum calificado, según corresponda, gran parte de los organismos administrativos señalados en el inciso segundo del

<sup>1</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2010), pp. 737-744.

<sup>2</sup> MARÍN VALLEJO, Urbano (2011), pp. 24-25.



artículo 21, no tienen creado un régimen de responsabilidad patrimonial por daños causados a los particulares en el ejercicio de sus funciones<sup>3</sup>.

De este modo, la solución frente a la problemática planteada, considerando que existen ámbitos especialmente sensibles en los cuales el Estado se encuentra permanentemente expuesto a causar daños a los particulares sin encontrar un régimen de responsabilidad aplicable, ha sido otorgada por vía jurisprudencial<sup>4</sup>, no sin que ello genere algunas dudas que parece necesario abordar críticamente en este trabajo.

Para tal efecto, este artículo se estructura en dos apartados: en el primero de ellos se describe, en términos generales, el sentido y alcance de la falta de servicio como criterio de imputación de responsabilidad del Estado en su dimensión administrativa y la postura mayoritaria adoptada por la doctrina nacional respecto de ella. Siguiendo con esta idea, en el segundo apartado se analizan los fundamentos y las premisas básicas en que se sustenta la solución propuesta por nuestra jurisprudencia judicial a la problemática esbozada anteriormente, dando cuenta de las principales dudas doctrinarias que plantea su concepción y formulación, en especial, examinando la procedencia de aplicar la acción de repetición del Estado en contra del funcionario público que ha incurrido en falta personal, en aquellos casos en que se extendería en su aplicación el régimen por falta de servicio a organismos originalmente excluidos por el legislador.

El texto culmina con las conclusiones de esta investigación.

## II. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN POR FALTA DE SERVICIO APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Como lo destaca Julio Pallavicini, siguiendo la jurisprudencia del Organismo Contralor, la Administración está al servicio de la comunidad e impone a los organismos públicos el deber de funcionar en forma continua y permanente

---

<sup>3</sup> La excepción, la constituyen las Municipalidades, dado que la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 152, expresamente les hace aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio, prescribiendo al efecto: “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.



atendiendo las necesidades colectivas, siendo responsables del daño que causen por falta de servicio<sup>5</sup>.

El régimen de responsabilidad aludido, primeramente, aparece recogido en nuestro ordenamiento jurídico administrativo –de manera poco afortunada<sup>6</sup>- en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, norma que prescribe:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Como es dable constatar, ni la Ley N° 18.575, ni ningún otro cuerpo legal define lo que debe entenderse por falta de servicio, lo cual ha generado en nuestro medio una acalorada discusión doctrinaria destinada a precisar el alcance y sentido de dicha noción, con posturas irremediamente contrapuestas, según se adhiera a la teoría de la responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado<sup>7</sup>. Así, dado la ausencia de definición legal de lo que debemos entender por falta de servicio, para algunos autores nos encontraríamos frente a un concepto jurídico indeterminado<sup>8</sup>.

De este modo, es nuestra doctrina y jurisprudencia nacional la que se ha abocado a la tarea de intentar precisar qué debe entenderse por falta de servicio, presupuesto normativo que verificado en un caso concreto por el juez, generaría el deber del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados a un administrado.

<sup>5</sup> PALLAVICINI MAGNÉRE, Julio (2012), p. 412.

<sup>6</sup> En primer lugar, dado que se alude a falta “de” servicio siendo que sería más propio hablar de una falta “del” servicio, considerando que la fuente de responsabilidad no está determinada por la inexistencia o ausencia de una prestación, sino que por un mal, negligente, deficiente o anormal funcionamiento del o en el servicio. Se agrega a lo anterior –como fue señalado-, el que la norma legal que lo consagra, se encuentra contenida en el Título II de la Ley N° 18.575, “Normas Especiales”, Párrafo 1° “De la organización y funcionamiento”, solo aplicable a la organización básica de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa –artículo 21-. Desde esta dimensión, si la idea legislativa era uniformar el régimen de responsabilidad aplicable, hubiese sido más adecuada su inclusión en el Título I de la Ley N° 18.575, “Normas Generales”, aplicable a todos los organismos que componen la Administración del Estado. No obstante lo anterior, podría eventualmente estimarse que el régimen por falta de servicio previsto en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, simplemente está mal insertado en su Título II, Párrafo 1°, máxime, si dicha norma no refiere a organización y funcionamiento de los organismos señalados en el inciso primero del artículo 21, debiendo haber estado comprendido, siguiendo una adecuada técnica legislativa, en su Título I.

<sup>7</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), pp. 149–154.

<sup>8</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), p. 622.



En esta perspectiva –y sin ánimo de agotar la revisión de fuentes doctrinarias-, Cristián Román nos señala que la falta de servicio se traduciría en una deficiente organización o funcionamiento de la Administración, lo que puede ser apreciado desde dos perspectivas. 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 y actuación<sup>9</sup>. Para Luis Cordero, la falta de servicio o funcionamiento anormal puede dar origen a una multiplicidad de situaciones concretas que hacen difícil su contenido. En esta materia, lo fundamental será observar las obligaciones y deberes de los órganos como estándares o parámetros de comportamiento adecuado; pero sucederá que la mayoría de las veces esos estándares no estarán determinados explícitamente, por lo tanto será tarea del juez construirlo con criterios de razonabilidad<sup>10</sup>. Jorge Bermúdez, por su parte, nos recuerda que el supuesto de la falta de servicio es la anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos, siendo esa anormalidad comprensiva de los siguientes aspectos: Que el servicio no actuó debiendo hacerlo; que actuó pero de mala forma, de manera ilegal, fuera del estándar medio de funcionamiento, etc.; o que actuó tardíamente<sup>11</sup>. Finalmente, para Enrique 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. La responsabilidad por falta de servicio exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público. Y esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado<sup>12</sup>.

Nuestra jurisprudencia judicial, por su parte, ha sostenido que hasta la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986 que incorporó al Derecho Público Chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho

<sup>9</sup> ROMÁN CORDERO, Cristián (2012), p. 38.

<sup>10</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), p. 153.

<sup>11</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), pp. 619-620.

<sup>12</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2007), pp. 485-486.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos<sup>13</sup>. Desde esa dimensión, reiteradamente 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 concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el inciso primero del artículo 42 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2001, que contiene el texto refundido de la Ley N° 18.575<sup>14</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>15</sup> y dicha noción debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió<sup>16</sup>.

En definitiva, como se desprende de todo lo anteriormente señalado, la definición de falta de servicio –dada la escasa regulación existente- es una cuestión meramente interpretativista, lo que potencia los desacuerdos doctrinarios. No obstante ello, es posible sostener que en la actualidad, la falta de servicio se configura, naciendo la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados a los particulares, cuando un organismo de la Administración no actúa encontrándose en el deber legal de hacerlo o actúa por debajo del parámetro o estándar medio que, conforme a la situación concreta, le resultaría razonablemente exigible, todo lo cual implica que, dada la inexistencia de una regla legal expresa en la materia, 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.

Según Jorge Bermúdez, la defensa con que cuenta la Administración es el estándar medio de funcionamiento, no siéndole imputable aquello que exceda a dicho nivel de prestación. En este sentido, el profesor Pedro Pierry establece que

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 11.358-2015, de 16 de junio de 2016.

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3442-2015, de 26 de enero de 2016.

<sup>16</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.



“la noción de mal funcionamiento del servicio público es variable según las características del servicio de que se trate y de la gravedad de la falta. Lo anterior es importante, ya que la aplicación indiscriminada de la teoría cada vez que se ocasione un daño a un particular por el mal funcionamiento de un servicio podría resultar ilusoria, atendidos las condiciones y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados”<sup>17</sup>.

Así, es que enfrentado al caso concreto, el juez, con un amplísimo margen de discrecionalidad, será quien determinará si concurre la falta de servicio, y en consecuencia, el surgimiento de la obligación del Estado de reparar los perjuicios ocasionados, no pudiendo soslayarse que en esta lógica, quien decidirá cuándo y qué debe ser indemnizado, es el tribunal y no el legislador, lo que resta legitimidad a la decisión desde un punto de vista democrático. A mayor abundamiento, en este escenario, de laxos parámetros legales, es el Poder Judicial quien administra y dispone, con una cuota no despreciable de libertad, de los recursos públicos, no pudiendo olvidar que ello no es su función constitucional. Es decir, en Chile, la configuración de la responsabilidad del Estado Administrador es eminentemente jurisprudencial, correspondiéndole a nuestros tribunales de justicia determinar de qué responde el Estado. Como lo ha señalado con justa razón Nicolás Enteiche, la interpretación libre del juez ordinario es la característica más relevante de la teoría de la falta de servicio<sup>18</sup>.

### III. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR NUESTRA JURISPRUDENCIA JUDICIAL: LA FALTA DE SERVICIO ES EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Luego de revisada la principal línea doctrinaria y jurisprudencial que ha intentado conceptualizar la falta de servicio como principal régimen de atribución de responsabilidad patrimonial del Estado Administrador, resulta relevante abocarse a revisar cuál ha sido la solución propuesta por nuestra jurisprudencia judicial, cuando el organismo que causa el daño, es alguno de aquellos excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, sin que el legislador haya previsto un sistema de responsabilidad especial.

<sup>17</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), p. 613.

<sup>18</sup> ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2011), p. 123.





1. “SEGUEL CARES, PABLO CON FISCO DE CHILE”<sup>19</sup>: ¿FRUTO DE UN RAZONAMIENTO JUDICIAL CONTUNDENTE O DE UN LOABLE VOLUNTARISMO JUDICIAL?

Tal como se apuntó más arriba, el campo de aplicación del sistema de responsabilidad por falta de servicio, en principio, desde una dimensión puramente legislativa, aparece bastante restringido, no obstante a partir del fallo señalado en el epígrafe, nuestra jurisprudencia judicial lo ha extendido a organismos diversos de aquellos a los que naturalmente resultaba aplicable.

Por lo anterior, es que resulta relevante revisar someramente los argumentos vertidos por nuestra jurisprudencia judicial para justificar esta tendencia expansiva, dando cuenta luego, de los principales problemas que plantea su concepción y formulación.

Como lo destaca Jorge Bermúdez, la sentencia definitiva pronunciada por nuestra Corte Suprema, en la causa caratulada “Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile”, representa el último avance en materia de responsabilidad del Estado Administrador, siendo a su juicio conveniente destacar dos aspectos: En primer término, se deja asentado que la responsabilidad por falta de servicio no supone una prestación o servicio que se debe dar por el órgano público, sino que se refiere a la falla en el funcionamiento del órgano, de la cual se desprende un daño. Esta aclaración es muy importante ya que en algún momento la jurisprudencia limitó la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio, de forma errónea, sólo a los casos en que el Estado prestaba un servicio. Y, en segundo lugar, uniforma el sistema de responsabilidad, incluso respecto de aquellos entes públicos que estaban excluidos del Título II de la Ley N° 18.575, respecto de los cuales hace procedente la responsabilidad por falta de servicio, no con base en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, sino en el artículo 2314 del Código Civil, entendiéndose que allí se funda la culpa del servicio<sup>20</sup>.

Nos centraremos en el segundo aspecto destacado por el autor citado, que es el que nos interesa para el desarrollo de este acápite.

En los considerandos décimo cuarto al décimo sexto de la sentencia anteriormente citada, nuestra Corte Suprema concluye, como solución, respecto de aquellos organismos excluidos de la aplicación del régimen de responsabilidad por falta de servicio en el inciso segundo del artículo 21, en concordancia con el artículo 42, ambos de la Ley N° 18.575, que para dilucidar qué sistema resulta

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.

<sup>20</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), pp. 640-641.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

aplicable a las instituciones excluidas, debe recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. Agrega que, en efecto al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado<sup>21</sup>.

Esta parece ser, hasta ahora, la línea jurisprudencial ampliamente mayoritaria y consolidada en la tercera sala de la Corte Suprema<sup>22</sup>. Si es fruto de un razonamiento judicial contundente o de un loable voluntarismo judicial, lo intentaremos dilucidar en el acápite siguiente.

## 2. PROBLEMAS QUE PRESENTA LA TENDENCIA EXPANSIVA DE LA FALTA DE SERVICIO

Compartimos el razonamiento de nuestra jurisprudencia judicial, en orden a que las normas del Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual, pueden resultar aplicables al Estado. También concordamos en que las personas

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 7.114-2010, de 8 de noviembre de 2010; Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 1.760-2009, de 24 de marzo de 2011; Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 22.132-2014, de 29 de diciembre de 2014.



jurídicas de derecho público, como el Estado, pueden obrar culposamente. No obstante lo anterior, nos parece que la jurisprudencia, en el razonamiento transcrito, no logra justificar debidamente el que la falta de servicio sea un criterio de imputación de responsabilidad aplicable a aquellos organismos que el legislador expresamente ha excluido de la aplicación de las normas del Título II de la Ley N° 18.575, a partir del artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Entendemos que el objetivo final –loable por cierto- es uniformar el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, construyendo un sistema ajustado con las normas generales de responsabilidad, a fin de evitar lagunas de impunidad y criterios disímiles que sólo ocasionen discriminación a favor del aparato estatal<sup>23</sup>. No obstante, consolidar a la falta de servicio como criterio de atribución general de responsabilidad, desde el punto de vista argumentativo, genera importantes dudas, máxime si se considera que dicha interpretación jurisprudencial extiende la aplicación de un régimen de responsabilidad que el legislador no ha previsto –y podríamos decir, ha descartado expresamente- respecto de la mayoría de los organismos señalados en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575, existiendo otras alternativas de argumentación y de solución<sup>24</sup>. Así, desde un punto de vista de sistematicidad normativa, no resulta convincente que la falta de servicio, a partir de la regulación civil, sea el sistema general de responsabilidad creado para la Administración Pública, pudiendo fundarse ésta en criterios de imputación distintos<sup>25</sup>.

Una segunda cuestión problemática que presenta la extensión de la falta de servicio, a partir de las normas del Código Civil, a las instituciones excluidas en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575, dice relación con la aplicabilidad de la acción de repetición por parte del Estado en contra del funcionario que ha causado el daño mediando falta personal.

<sup>23</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), p. 186.

<sup>24</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), pp. 186-187.

<sup>25</sup> VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2009), p. 305; HUEPE ARTIGAS, Fabián (2012), p. 140; ROMÁN CORDERO, Cristián (2009), pp. 315-316.



En efecto, el artículo 42 de la Ley N° 18.575, en su inciso segundo, prescribe: “No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”<sup>26</sup>.

Según apunta Jorge 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, la falta personal del funcionario público<sup>27</sup>.

Ahora bien, si se acepta sin cuestionamientos la premisa consistente en que la falta de servicio es el sistema de responsabilidad general y uniforme aplicable a toda la Administración Pública, y que en el caso de la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas, ello acontecería por aplicación de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, queda por determinar si es que el Estado sería titular de una acción de reembolso, cuando ha debido reparar el daño causado por un funcionario que hubiere incurrido en falta personal, teniendo en consideración que dicha noción, es también ajena a la terminología empleada en el derecho común.

Según Esteban Carmona, la falta personal es una institución que nace en Francia y cuya evolución en ese ordenamiento jurídico permitió aseverar que la responsabilidad de la Administración se admite cada vez que esta falta no está desprovista de todo vínculo con el servicio<sup>28</sup>. La falta personal ha sido abordada desde dos dimensiones: si ésta es en función del servicio o con ocasión del servicio. En la primera línea, Pedro Pierry sostiene que al emplear el artículo 4° de la Ley N° 18.575 la frase “...el ejercicio de sus funciones”, ello implica considerar que las faltas cometidas por los funcionarios dentro del ejercicio normal de su función comprometen la responsabilidad del órgano estatal, esto es, cuando el agente ha permanecido enteramente dentro del marco y tiempo de la función<sup>29</sup>. Según Esteban Carmona, la segunda línea, es una noción que ha sido empleada por la jurisprudencia para imputar responsabilidad del Estado cuando el acto del

<sup>26</sup> Misma regla se contiene en el inciso segundo del artículo 152 de la Ley N° 18.695, al señalar: “No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

<sup>27</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), p. 623.

<sup>28</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), p. 173.

<sup>29</sup> PIERRY ARRAU, Pedro (1983), p. 294.



agente no se ha realizado dentro de la función del servicio. Se trata de una actividad, que en principio podría ser catalogada como privada, pero que sin embargo posee algunos elementos propios del servicio que permiten que la falta no sea considerada como totalmente separable y justifican que el Fisco responda. Estos elementos son normalmente situaciones de hecho que son reconducidas a la labor desempeñada por el funcionario. Dentro de éstos podemos mencionar, en base a fallos pronunciados sobre el tema; la utilización de instrumentos del servicio o bien, si los hechos han ocurrido dentro de las dependencias de la institución pública<sup>30</sup>.

Para Jorge Bermúdez, la falta personal se entiende como falta en el cumplimiento de los deberes funcionariales del funcionario público. Éste 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 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<sup>31</sup>.

Pues bien, una primera opción, sería entender que al nacer la noción de falta de servicio desde las normas civiles como equivalente a la culpa civil, 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.

Una segunda alternativa de solución, es aplicar derechamente la regla de los artículos 2320 o 2322 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 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 del mismo cuerpo normativo<sup>32</sup>.

Una tercera propuesta, 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 segundo del

<sup>30</sup> CARMONA QUINTANA, Esteban (2016), pp. 175-176.

<sup>31</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), pp. 623-624.

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3.844-2010, de 28 de marzo de 2013.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

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 pudieren 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 éste ha debido reparar daños causados por el primero habiendo incurrido en hipótesis de falta personal.

Finalmente, cabe agregar que la falta personal dará lugar a la responsabilidad civil del funcionario frente al Estado, cuando efectivamente el causante del daño sea, en estricto sentido, un funcionario público, ya sea de planta, a contrata o bajo otra modalidad permitida por el ordenamiento jurídico, pero no cuando el daño sea ocasionado por una persona contratada a honorarios por la Administración del Estado, ya que en este caso, no existe la calidad jurídica de funcionario público. Si bien en este último caso entendemos que igualmente el particular afectado puede accionar en contra del Estado por falta de servicio –en la medida de que sea el régimen aplicable al respectivo organismo-, dado que la responsabilidad bajo ese sistema es directa no siendo necesario para el administrado identificar a la persona causante del perjuicio, consideramos que para efecto de analizar la responsabilidad del contratado a honorarios frente el Estado, se deberán aplicar las reglas pertinentes previstas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil u otras del derecho común –incumplimiento de contrato si procediere-.

Como señala Jorge Bermúdez, no obstante que teóricamente es cuestionable que pueda producirse una falta de servicio por la mala actuación de un servidor contratado a honorarios, toda vez que éstos no podrían ser contratados para desempeñarse en tareas que impliquen una función propiamente administrativa<sup>33</sup>, lo cierto, es que dicho postulado teórico contrasta severamente con la realidad, en la cual cotidianamente observamos como personas contratadas a honorarios realizan, ininterrumpidamente, con infracción de las normas legales pertinentes<sup>34</sup>, funciones propias e inherentes del organismo con el cual han contratado.

<sup>33</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014), p. 626.

<sup>34</sup> El artículo 11 de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo, y el artículo 4° de la Ley N° 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, prevén la posibilidad de contratar personas a honorarios por la Administración del Estado, cuando deban realizarse labores



#### IV. CONCLUSIÓN

a) La responsabilidad patrimonial del Estado Administrador en Chile, sin perjuicio de los divergentes criterios doctrinarios existentes, durante el transcurso del presente siglo, se ha intentado abordar y construir mayoritariamente desde la teoría de la falta de servicio, noción no definida por el legislador, que debe ser precisada caso a caso, con un amplísimo margen de discrecionalidad, por el juez.

b) Así, es nuestra jurisprudencia judicial la que ha adoptado una tendencia expansiva de dicha noción, concluyendo que es la falta de servicio el título de atribución general de responsabilidad patrimonial aplicable a toda la Administración del Estado, incluyendo a los organismos que, en principio, aparecen exceptuados de dicho régimen, en virtud de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 21, en concordancia con el artículo 42, ambos de la Ley N° 18.575. Esto último, sería procedente, a partir de lo dispuesto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

c) No obstante la loable finalidad perseguida por la jurisprudencia, consistente en uniformar el sistema de responsabilidad aplicable al Estado Administrador, importantes cuestionamientos ha sustentado la doctrina nacional en cuanto al razonamiento que conduciría a dicha conclusión, en especial, considerando que la argumentación empleada hace caso omiso de la exclusión legislativa del régimen de falta de servicio para ciertos organismos administrativos y que la responsabilidad patrimonial del Estado puede fundarse en criterios de imputación distintos.

d) Finalmente, en cuanto a la interrogante de si el Estado puede accionar de repetición o reembolso en contra del funcionario que ha causado el daño mediando falta personal, cuando nos encontramos en presencia de organismos excluidos del régimen de falta de servicio, nos parece que la solución adecuada a ello, es entender que dicho derecho para el ente estatal emana de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República y del artículo 4° de la Ley N° 18.575, sin tener que recurrir para fundamentarlo al derecho común.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

accidentales y que no sean las habituales de la Institución, o encontrándonos fuera de esa hipótesis, cuando se trate de la prestación de servicios para cometidos específicos.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- BARROS BOURIE, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión primera edición), 1230 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, primera edición), 794 pp.
- CARMONA QUINTANA, Esteban (2016): *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador*. Cuadernos del Tribunal Constitucional (Santiago, número 64, año 2016), 302 pp.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2011): “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”, en *Revista de Actualidad Jurídica* Universidad del Desarrollo (N° 23), pp. 109-135.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2012): “¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico”, en *Ius Publicum* Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás (N° 28), pp. 121-149.
- MARÍN VALLEJO, Urbano (2011): “Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (N° 25), pp. 21-34.
- PALLAVICINI MAGNÉRE, Julio (2012): *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Ley N° 18.575 Interpretada. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (Santiago, Thomson Reuters, primera edición), 694 pp.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1983): “Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* (N° VII), pp. 283-306.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2009): “La responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una “perinola jurisprudencial”?”, en *Revista de Derecho Público* Facultad de Derecho Universidad de Chile (N° 71), pp. 310 - 317.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2012): “Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio”, en *Derecho Público Iberoamericano Revista del Centro de Justicia Constitucional* (Vol. 1 n. 1), pp. 25 - 54.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (Santiago, Abeledo Perrot, segunda edición), 862 pp.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2009): “Seguel con Fisco de Chile” (comentario) en *Revista de Derecho Público* Facultad de Derecho Universidad de Chile 16





(N° 71), pp. 305 - 309.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### 1. CORTE SUPREMA

*Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile* (2009): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol N° 371-2008, de 30 de julio de 2009.

*Menco Menco, Héctor y otros con Fisco de Chile* (2010): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de apelación), Rol N° 7.114-2010, de 8 de noviembre de 2010.

*Fernández Rodríguez, Violeta y otros con Fisco de Chile* (2011): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N° 1.760-2009, de 24 de marzo de 2011.

*González Rodríguez, Alejandro con Fisco de Chile* (2013): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol N° 3.844-2010, de 28 de marzo de 2013.

*Valpoviña Turismo Limitada con Fisco de Chile* (2014): Sentencia de la Corte Suprema (casación de oficio), Rol N° 22.132-2014, de 29 de diciembre de 2014.

*Transelec S.A. con Fisco de Chile* (2016): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol N° 11.358-2015, de 16 de junio de 2016.

*Corral Santelices, Claudio con Fisco de Chile* (2016): Sentencia de la Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol N° 3.442-2015, de 26 de enero de 2016.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 18.883, Ministerio del Interior, Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Diario Oficial, 29 de diciembre de 1989.

DFL 1-19653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 17 de noviembre de 2001.

DFL 29, Ministerio de Hacienda, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo. Diario <sup>17</sup>



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

---

Oficial, 16 de marzo de 2005.

DTO 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

DFL 1, Ministerio del Interior, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 26 de julio de 2006.