

REPETICION DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO

PEDRO PIERRY ARRAU
Universidad Católica de Valparaíso

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente al Estado puede verse comprometida por diversas situaciones, encontrándose regidas por distintos regímenes jurídicos. Así, es necesario distinguir entre la responsabilidad de aquéllos que tienen a su cargo o custodia bienes o fondos de los servicios públicos, cuya responsabilidad se hace efectiva de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, principalmente a través del juicio de cuentas; aquélla que corresponde por daños causados por el funcionario al servicio público, que puede perseguirse en conformidad a lo dispuesto en el artículo 61 de la misma ley, utilizando el procedimiento del juicio de cuentas a partir de las conclusiones de un sumario administrativo, o conforme a las reglas generales en un juicio ordinario; y, en tercer lugar, aquélla que deriva de lo que el Estado o ente público haya debido pagar a terceros por daños causados en los que haya intervenido el funcionario. Es a este tercer aspecto al que deseamos referirnos. En otros términos, a la responsabilidad civil del funcionario frente al Estado cuando ha tenido lugar la responsabilidad de éste ante los particulares.

Se debe tener en consideración que el tema que nos ocupa no se agota, aunque sí es el aspecto más importante, con el análisis del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración, esto es, con la aplicación en Chile de la distinción entre falta de servicio y falta personal, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la misma ley, el artículo 44 no es aplicable a los órganos que allí se señalan, lo que nos obliga a analizar los efectos de lo establecido en el artículo 4 de la ley, así como en términos más genéricos, en el propio artículo 38 de la Constitución Política. Tampoco puede dejarse de lado el análisis del artículo 2320 del Código Civil, ya que su aplicación no puede descartarse en forma enfática, como sería de desear. Dejaremos en todo caso para el final los comentarios relativos a las instituciones no incluidas en el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración.

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. Si bien

en los inicios de la regulación jurídica de la institución de la responsabilidad extracontractual el funcionario debía responder ante los particulares por los daños que causaba, ello era como consecuencia del principio de irresponsabilidad del Estado resumida en la frase del derecho inglés "the king can do no wrong". En realidad cuando comienza a germinar la idea de la responsabilidad del Estado, el funcionario se encontraba bastante protegido en su responsabilidad personal. Así, en Francia, era necesario una declaración del Consejo de Estado, una especie de autorización, para que se pudiera demandar al funcionario. En Estados Unidos, como se resolvió el fallo "United States versus Gillman", se rechaza la posibilidad de que el Estado condenado al pago de una cantidad por los tribunales, pudiera repetir contra el funcionario. Al respecto la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que las relaciones entre el Estado y sus empleados presentan una serie de aspectos, sobre los cuales el Congreso ha ido legislando a través del tiempo, tales como, previsionales, de inmovilidad, de ascenso, etc. La organización disciplinaria de la función pública, por otra parte, contempla promociones, demociones, sanciones y muchas otras materias que inciden directamente en la actividad funcionaria y que son consecuencia de ella. El derecho del Gobierno empleador de demandar a sus empleados, según el caso planteado, equivaldría a otra forma de disciplina, no tratado por el Congreso. Señaló, por último que no hay forma de conocer el impacto que tendría la regla de indemnización que se pide sea establecida por el Tribunal.

"Quizás las pérdidas sufridas por el gobierno federal requieran que los empleados sobrelleven parte de la carga, pero quizás el costo en la moral y eficiencia de la función pública sea un precio demasiado alto a pagar por la regla de indemnización que el demandante pide aquí a la corte que inserte en la Federal Tort Claims Act"¹.

Puede incluso afirmarse que en un estado posterior de la evolución en materia de responsabilidad extracontractual, el Estado no se dirigía contra el funcionario para obtener la reparación de lo que había pagado en calidad de responsable civil. Así tenemos que en Francia en una época primera, el Estado, condenado a pagar sin que hubiera cometido falta de servicio, por lo tanto pagando por cúmulo de responsabilidad por falta personal únicamente, no se encontraba autorizado para dirigirse posteriormente contra el funcionario. El cúmulo significaba entonces una verdadera inmunidad para los autores de la falta personal. La jurisprudencia reconocía únicamente al ente público la facultad de subrogarse en los derechos de la víctima lo que en la práctica nunca hacía².

El Estatuto Administrativo chileno de la década de 1950, DFL N° 256 de 1953, señalaba en su artículo 121 lo siguiente: "El empleado es responsable ante el Fisco o institución empleadora, de los perjuicios que le causare a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, ya sea intencionalmente, por negligencia o por imprudencia.

Si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones, éste

¹ US. v. GILLMAN. 347 US. 507 (1954).

² Jean RIVERO: *Droit Administratif* 14^o ed., Dalloz 1992. N° 303, pág. 249.

deberá enterar en arcas fiscales la cantidad que se fije en favor de ellos, a título de indemnización por resolución judicial ejecutoriada.

Esta obligación subsiste aún después de que dicho funcionario haya dejado de ser empleado público”.

La disposición transcrita desapareció de los estatutos administrativos posteriores y hoy no existe en la forma señalada, esto es, haciendo referencia al incumplimiento de obligaciones funcionarias, concepto amplio que puede abarcar tanto a las faltas personales, como incluso otras situaciones que no lleguen a serlo y que estrictamente correspondan a faltas de servicio.

El artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por su parte, contiene una norma similar a la anterior, facultando al órgano contralor para ordenar descuentos por las sumas que las instituciones del Estado deban 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”. Esta última frase, a diferencia de la del antiguo Estatuto Administrativo, aplicada al sistema del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración, introduce un elemento restrictivo, como veremos a continuación.

En efecto, el acto realizado en el ejercicio de la respectiva función, corresponde únicamente a un tipo de falta personal, por lo que los otros quedarían automáticamente eliminados de la norma, produciéndose a su respecto una importante omisión. Por otra parte, no todo acto realizado en ejercicio de funciones, que comprometa la responsabilidad civil del Estado, constituye una falta personal, siendo en la mayoría de los casos una falta de servicio, que no debería comprometer la responsabilidad del funcionario, lo que entonces amplía la responsabilidad, constituyendo una exageración.

Distintos tipos de falta personal

Para los efectos de precisar el tema de las acciones del Estado contra el funcionario, debemos recordar, aunque sin entrar en detalles, los diversos tipos de faltas personales que pueden presentarse.

Los autores franceses distinguen, por lo general, entre tres tipos de faltas personales: aquellas cometidas en el ejercicio de las funciones; las cometidas con ocasión de la función y, en tercer lugar, aquellas desprovistas de todo vínculo con el servicio. Desde ya descartaremos de nuestro análisis este tercer tipo, puesto que en nuestro derecho no tendría ninguna relación con el derecho administrativo -en Francia sirve para determinar la jurisdicción competente- y quedaría completamente fuera del sistema.

Las faltas cometidas en el ejercicio de las funciones y con ocasión de ellas, son a su vez de diversos tipos. Nosotros hemos preferido mantener el concepto de falta personal cometida en el ejercicio de la función, pero hemos dividido en dos la vinculada a “con ocasión de”, separando de ella la que se refiere exclusivamente a los medios. Tenemos entonces los siguientes tipos de faltas personales: 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 municiones³. 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 la novia. 3. Falta cometida fuera del servicio, pero gracias a los medios que éste le proporciona y que no hubiera podido cometer sin ellos.

Posibilidad de obtener reembolso por la vía administrativa

El artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría de la República, que permite un procedimiento administrativo para obtener el reembolso de las sumas pagadas por el Estado, sólo tiene aplicación cuando se den dos requisitos copulativos. Por una parte debe tratarse de daños causados por actos realizados en ejercicio de las funciones, y además, debe constituir falta personal. Esto último atendido que el sistema actual del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración restringe necesariamente al artículo 67 de la Ley de la Contraloría, modificándolo parcialmente en esta materia. No puede interpretarse de manera distinta, ya que si de acuerdo al artículo 44 el funcionario responde únicamente cuando hay falta personal, no se podría aplicar el procedimiento del artículo 67 cuando el acto que originó el daño haya sido una falta de servicio y no una falta personal.

Lo anterior deja subsistente el problema de a quién le corresponde hacer la calificación de la falta personal: a la Contraloría, al órgano público correspondiente, mediante sumario administrativo, o, por último, al juez en un juicio distinto.

Tratándose no ya de actos realizados en el ejercicio de las funciones, esto es, en caso 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".

II. DETERMINACION DE LA NATURALEZA DE LA FALTA

Distintas situaciones pueden presentarse en relación a la determinación de la naturaleza de la falta. Un primer aspecto, común a todo el problema, es el de saber si corresponde al juez en la sentencia determinar la naturaleza de la falta, quedando en todo caso pendiente, en esta hipótesis, la situación del funcionario, que puede verse afectado por una sentencia judicial pronunciada en un juicio en que no ha intervenido.

Ahora bien, si el tribunal determina que ha existido falta personal, es necesario establecer 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 Contra-

³ René CHAPUS: *Droit Administratif Général*, 5ª ed., Montchrestien, 1990. Tomo 1. Nº 1315, pág. 936.

loría. A nuestro juicio no podría sostenerse que pueda seguirse un sumario administrativo sin que pueda discutirse por el funcionario la naturaleza de la falta, lo que siempre debiera quedar abierto como una posibilidad en la vía disciplinaria.

Esta última solución, sin embargo, tiene un grave inconveniente, ya que supone que no haya existido un sumario administrativo sobre los mismos hechos, lo que es muy improbable. En tal evento, no puede aceptarse la idea de un nuevo sumario administrativo, únicamente destinado a cobrar por la vía administrativa el monto de lo pagado por el Estado.

En la situación contraria, esto es, que el juez no haya establecido que se trata de una falta personal, se produce la misma situación explicada anteriormente, debiendo, sin embargo, en este caso, determinarse, ya sea en el nuevo juicio que se siga o en el sumario administrativo, la naturaleza de la falta cometida por el funcionario. En el evento que haya existido sumario anterior, no podría abrirse uno nuevo, como ya se expresó.

Sumario administrativo y sentencia judicial

Analizando el derecho comparado, en Francia y España, llama la atención constatar que la repetición contra el funcionario no tiene lugar en sede jurisdiccional sino que en sede administrativa. En ambos casos, sin embargo, el funcionario puede interponer el respectivo recurso contencioso administrativo en contra del acto que le ordene reintegrar lo pagado, con lo que el asunto se transforma nuevamente en judicial, aun cuando de otra naturaleza.

El artículo 42 número 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en España dispone que: "Sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados en los casos a que se refiere el capítulo anterior, podrá la Administración exigir a sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia graves, previa instrucción del expediente oportuno con audiencia del interesado". En Francia ocurre otro tanto. "La acción de reembolso de los daños e intereses pagados a la víctima de una falta personal y la acción de reparación de perjuicios de que la persona pública es la víctima inmediata, son ejercidos según la técnica del estado ejecutorio". Constituido en deudor, el funcionario que discuta la existencia y monto de la obligación podrá hacer oposición al "estado ejecutorio" ante la jurisdicción administrativa⁴.

Como señalamos anteriormente, 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. Debemos, por lo tanto, analizar la situación a partir de esta premisa.

Derecho chileno

Parece muy discutible, que existiendo un sumario administrativo que ha absuelto al funcionario de toda responsabilidad disciplinaria por determinados hechos que posteriormente han dado lugar a una indemnización de perjuicios que el Estado deba asumir, el Estado pueda dirigirse contra el funcionario desconociendo lo que el sumario ha concluido sobre el particular. No puede entenderse que la aplicación de

4 René CHAPUS: Obra citada. N° 1328, pág. 947.

las normas relacionadas con la responsabilidad extracontractual puedan aplicarse en forma independiente de la responsabilidad administrativa. Mucho más, tratándose no ya de la aplicación de las normas del Código Civil, como el artículo 2320, por ejemplo, como ocurría hasta la fecha, sino que de normas especiales que establecen todo un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, basado en la distinción entre falta de servicio y falta personal, en que la actitud del funcionario en relación con el servicio es determinante para fijar en definitiva su responsabilidad civil.

A lo anterior cabe agregar que siempre se ha estimado que la falta administrativa no tiene relación alguna con la falta personal de la responsabilidad extracontractual y así también la falta disciplinaria establecida en el sumario administrativo no debiera tenerla. Ello, sin embargo, no es así absolutamente. Como señala Georges Vedel, "Toda falta personal cometida en el servicio o con su ocasión, coincide en el hecho, parece, con una falta disciplinaria. Pero lo recíproco no es así: una negligencia, una torpeza, un error que no reviste mucha gravedad y, que bajo el plano de la responsabilidad, constituiría una simple falta de servicio, puede sin embargo ser castigada disciplinariamente"⁵.

No obstante lo anterior, puede ocurrir que no exista la debida correspondencia entre el sumario y la sentencia judicial, o que, aún existiendo, sea necesario precisarla al no referirse expresamente, ya sea la sentencia o el sumario, al concepto de falta personal.

Solución propuesta

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. 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.

Por otra parte, el sumario administrativo, cada vez que exista un daño producido en el origen del problema, deberá emitir también un pronunciamiento acerca de si existió falta personal del funcionario. Si hay discrepancia entre la sentencia judicial y el resultado del sumario, el ente público deberá soportar la carga económica y no podrá repetir contra el funcionario.

En materia de responsabilidad por delitos cometidos por los funcionarios

La primera dificultad de esta cuestión radica en reconocer al juez del crimen la facultad para resolver materias propias del ámbito contencioso administrativo al conocer de la acción civil interpuesta contra el Estado por su responsabilidad civil en el delito cometido por el funcionario. Podría sostenerse que no es conveniente aceptar que se pueda accionar civilmente ante el juez en lo penal en contra del Estado y que ello debiera ser posible únicamente ante el juez que conoce de lo contencioso administrativo. Ello, sin embargo, puede tener justificación en países con jurisdicción especializada; pero en Chile, en la actualidad y mientras no se creen los correspondientes tribunales, no puede sostenerse con fundamento.

⁵ Georges VEDEL: *Droit Administratif*. 4ª ed., Thémis 1968, pág. 317.

En esta situación no es, sin embargo, necesario que el juez del crimen emita un pronunciamiento acerca de la existencia de una falta personal, ya que si bien puede existir un delito cometido por el funcionario que no constituya falta personal que comprometa la responsabilidad del Estado, si el juez llega a condenar al Estado como tercero responsable civilmente, lo deberá hacer necesariamente porque el delito cometido no se encuentra desprovisto de vínculo con el servicio, siendo por lo tanto siempre una falta personal de aquéllas que dan lugar a la responsabilidad del Estado.

Si se condena al Estado, entonces, siempre se podrá repetir contra el funcionario condenado a sanción penal, a menos, claro está, que haya sido absuelto de toda falta, en el sumario administrativo sustanciado por los mismos hechos. Por el contrario, la sola aplicación de una sanción disciplinaria por los mismos hechos, compromete su responsabilidad civil frente al Estado, aun cuando el sumario administrativo no haya determinado la existencia de una falta personal en forma explícita.

III. ACCION DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO

Hemos señalado la vinculación del juicio contra el Estado y el sumario administrativo. Corresponde ahora examinar las acciones que puede ejercer el Estado contra el funcionario, supuesto el caso en que exista coincidencia en que estamos en presencia de una falta personal cometida por éste.

Como se señaló, el procedimiento contemplado en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría es únicamente aplicable tratándose de faltas cometidas en el ejercicio de las funciones. Con respecto a ellas, entonces, aquel es el procedimiento que puede utilizarse, en la medida, por supuesto, que el funcionario siga formando parte de la Administración. Cabe señalar, sin embargo, que es necesario precisar que dado el estado actual de la relación jurisprudencia y actos de la Contraloría, nada obsta a que el funcionario pueda impugnar el cobro efectuado en esta forma, a través de un reclamo ante la justicia ordinaria, lo que corresponde a otra materia, que no entraremos a analizar en esta oportunidad.

El Estado puede dirigirse contra el funcionario. Lo señala expresamente el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración. Sin embargo es necesario formular ciertas precisiones sobre esta materia y plantear algunas interrogantes.

En primer término, es necesario señalar que la responsabilidad del Estado y la del funcionario, no son solidarias. No lo es en la doctrina del derecho administrativo y tampoco lo es aplicando las normas del derecho civil, que para estos efectos debe ser considerado como el derecho común. En efecto, el artículo 2317 se refiere únicamente a los delitos cometidos por dos o más personas, para establecer la solidaridad.

Tratándose de falta personal, el Estado responde porque la ley, en este caso el artículo 44 de la Ley de Bases, le impone esta responsabilidad, la que no es solidaria. La víctima de una falta personal puede dirigirse tanto contra el funcionario como contra el Estado, debiendo optar por uno u otro, no procediendo que se demande a ambos, ya que aparece como un contrasentido. En la práctica ocurre con frecuencia que se demanda a ambos y también que los tribunales condenen solidariamente al Estado y al funcionario, lo que evidentemente no corresponde. La única situación de solidaridad que involucre al Estado y al funcionario, es mediante leyes especiales que así lo establezcan, como es el caso de los accidentes de tránsito, en que inter-

vengan vehículos fiscales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 174 de la ley 18.290.

Condenado el Estado, éste se dirige contra el funcionario, no mediante el sistema de la subrogación en los derechos de la víctima, en la forma original del derecho francés, que lo vinculaba a las acciones que la víctima pudiera intentar posteriormente contra el funcionario ante la jurisdicción ordinaria, sino que de acuerdo con la doctrina posterior al fallo Laruelle de 1951, en que la subrogación opera de pleno derecho y de manera automática⁶. De acuerdo a ello, entonces, la expresión del artículo 44 de la Ley de Bases "... sin perjuicio de repetir contra el funcionario que..." significa precisamente esta subrogación de pleno derecho de la acción de la víctima contra el funcionario.

Situación cuando son varios los funcionarios que han cometido la falta personal

Es interesante constatar que en el derecho administrativo francés, y no cesamos de insistir que el sistema del artículo 44 de la Ley de Bases tiene allí su origen completo, no existe solidaridad entre los funcionarios cuando el daño ha sido la consecuencia de faltas personales cometidas por diversos funcionarios. Cada uno responderá "en la medida que su falta ha contribuido al daño, siendo determinada su medida por comparación de la gravedad de las faltas en presencia"⁷. Esta solución, que se aparta completamente de lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil, es mucho más favorable al funcionario, pero se ajusta perfectamente con la idea de la falta personal, que razonablemente excluye la de solidaridad.

Situación en caso de cúmulo de faltas

Coexistiendo falta de servicio con falta personal, siendo el daño la consecuencia de ambas faltas, el Estado podrá dirigirse contra el funcionario para obtener el reembolso únicamente por la parte proporcional que corresponda a la falta personal en el daño producido, con algunas excepciones, como en el caso Laruelle, en que la falta de servicio fue cometida por el autor de la falta personal.

Sede donde se discute la proporción

En las dos situaciones anteriores, estimamos que la proporción en que concurrirá cada funcionario, o el funcionario y el Estado, a la reparación definitiva del daño, debe ser establecida en el segundo juicio, esto es, en aquél que el Estado siga contra el o los funcionarios. Resulta imposible en la práctica exigir al juez del primer proceso que establezca la proporción, especialmente si se tiene en cuenta que esta primera acción no debe dirigirse contra el funcionario sino que únicamente contra el Estado. No creemos tampoco, que ello pueda efectuarse en el sumario administrativo.

⁶ René CHAPUS: Obra citada N° 1327, pág. 946.

⁷ René CHAPUS: Obra citada N° 1327, pág. 946. Jurisprudencia del Consejo de Estado Jeannier y Moritz. Años 1957 y 1959 respectivamente. Ambos fallos en el mismo asunto. Vehículo desviado de su destinación normal por seis militares. El conductor fue condenado a pagar un cuarto de los daños y otro, con responsabilidad menor, un doceavo.

Puede también sostenerse, aunque nos inclinamos por la solución expuesta anteriormente, que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley de Bases, al no hacer referencia alguna a la forma en que debe hacerse efectiva la responsabilidad, se remiten al derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, aplicándose, entonces, ya sea el artículo 2314 o el artículo 2320. En el primer caso, que parte del supuesto que se acepte que las personas jurídicas puedan responder por el hecho propio, la acción de reembolso contra el funcionario se establece a partir de la solidaridad entre el Estado y el funcionario, en los términos del artículo 2317 del Código Civil, ya que se trataría de delitos civiles cometidos por el Estado y por el funcionario. La repartición definitiva de la carga se hace por partes iguales, pudiendo solamente el Estado repetir por la parte proporcional.

En esta hipótesis y en el evento de sostener que el Estado no tiene a su cuidado al funcionario y que no procede, por lo tanto, la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno, el Estado sólo podría ser responsable cuando existiera una falta de sus órganos y para los efectos de la situación en estudio en este trabajo, sólo tendría aplicación en la hipótesis de un cúmulo de faltas, ya que en caso que el daño lo hubiera cometido el funcionario y no pudiera imputarse a la actividad del Estado, éste no respondería y lo haría únicamente el agente.

Distinta es la solución si se aplica el artículo 2320. En este caso el Estado puede repetir por el total en contra del funcionario, ya que es tercero civilmente responsable, pero no es el autor del delito civil. La acción de reembolso lo sería por la totalidad del monto.

En realidad, las soluciones basadas únicamente en el Código Civil no son satisfactorias y es por ello que nos inclinamos abiertamente a buscarlas en el derecho público, que concilia mejor los intereses del Estado con los derechos de los funcionarios.

IV. OTROS PROBLEMAS

Instituciones públicas no regidas por el artículo 44

De acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Bases, el título segundo, y por lo tanto su artículo, no se aplica a las instituciones que allí se señalan. Estas son la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas creadas por ley.

De la enumeración del artículo 18 debemos excluir de inmediato a las Municipalidades, por cuanto el artículo 137 de su Ley Orgánica establece un sistema casi idéntico al del artículo 44 de la Ley de Bases como ya hemos señalado. Las empresas públicas, por otra parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 inciso segundo y, en general, a sus propias leyes orgánicas, se rigen en esta materia por el derecho privado, artículos 2314 y siguientes.

Las normas de derecho público que rigen a estas instituciones son el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley de Bases, que por lo demás también son aplicables a las entidades regidas por el artículo 44 de esta misma ley. Su aplicación única, deriva en un sistema distinto al de la falta personal y

falta de servicio? ¿Cuál es la diferencia con el sistema del artículo 44? ¿Sería más oneroso para el funcionario al no establecer ninguna distinción entre la naturaleza de la falta?

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución y el artículo 4 de la Ley de Bases disponen exactamente lo mismo, que la responsabilidad del Estado es sin perjuicio de la que pudiera afectar al funcionario que hubiere ocasionado el daño. Resulta evidente que esta responsabilidad civil y no administrativa, penal o política, ya que es a esa responsabilidad civil a la que se está refiriendo la norma y resultaría ilógico y fuera de contexto pensar que se trata en el mismo inciso, para el Estado de la responsabilidad civil y para el funcionario de la responsabilidad disciplinaria.

Veamos cómo se hace efectiva entonces la responsabilidad civil del funcionario no aplicándose el artículo 44.

Una primera solución sería el de sostener que la responsabilidad del funcionario es objetiva; basta establecer que el daño lo ha ocasionado un funcionario determinado, para que el Estado pueda repetir en su contra, solución que por apartarse del derecho de la responsabilidad en general y constituir un grave freno a la función pública, debemos descartar.

La solución más acorde con el derecho común sería el de requerir que el funcionario hubiera actuado con culpa o dolo para repetir en su contra. En este sentido, se aplicaría un criterio similar al del derecho civil.⁸ Basta entonces que el funcionario hubiera actuado con culpa, para que se pudiera repetir en su contra. Esta es la fórmula empleada en el texto del artículo 61 del Decreto Ley 1239, antigua Ley de Municipalidades, comentada por nosotros en otra oportunidad⁹. Como puede apreciarse, la responsabilidad del funcionario se vería considerablemente aumentada en relación con la falta personal.

La solución que proponemos y que a nuestro juicio se ajusta mejor al sistema establecido, es precisamente el de aplicar incluso a estas instituciones el sistema de relación entre la falta personal y la falta de servicio. Estimamos que es la mejor forma de conciliar los intereses del Estado con las prerrogativas del funcionario, que no debe verse expuesto a comprometer su responsabilidad civil por meros errores en el desempeño de su función. Esto, sin embargo, a condición que, para guardar una cierta coherencia y lógica, se aplique íntegramente, esto es, que el Estado responda también de acuerdo con el sistema de la falta de servicio y falta personal. No es aquí donde debemos presentar los argumentos para sostener la posición de que la institución del artículo 44 debe aplicarse también a las instituciones excluidas por el artículo 18 de la Ley de Bases¹⁰.

⁸ Cfr. Arturo ALESSANDRI RODRIGUEZ: *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. N° 228, pág. 324. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile. 1943.

⁹ Cfr. Nuestro artículo: *De la responsabilidad Extracontractual de las Municipalidades*. Revista de Ciencias Sociales. Número 12. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad de Chile. Valparaíso. 1978. y Anuario de Derecho Administrativo. N° II. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago. 1977-1978.

¹⁰ Sobre esta materia: Ver nuestro artículo: *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Revista de Ciencias Jurídicas. Número 5. Valparaíso. 1975. y Anuario de Derecho Administrativo. N° I. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago. 1975-1976.

En todo caso es interesante señalar que puede sostenerse con cierto fundamento la aplicación del artículo 44 de la Ley de Bases, por cuanto toda demanda que se presente vinculada a daños causados por la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, Carabineros o Investigaciones, deberá dirigirse contra el Fisco de Chile, por lo que siempre respecto a los hechos por esas instituciones realizados, la responsabilidad se persigue de acuerdo al mencionado artículo 44 de la Ley de Bases.

Una interpretación contraria nos llevaría a distorsionar todo el sistema de la responsabilidad extracontractual, en directo perjuicio del funcionario, ya que la acción de reembolso procedería en casos de falta de servicio, siendo muy difícil evitar considerar a la falta personal vinculada a conceptos de culpa propios del derecho civil, extendiéndola por lo tanto mucho más allá del concepto propio de la falta personal, situación que por lo demás se planteó expresamente por la ley, en el texto del artículo 6 del Decreto Ley 1289, antigua Ley de Municipalidades.

Prescripción

Parece evidente que la prescripción de la acción de reembolso del ente público contra el funcionario comienza a correr desde la fecha del cumplimiento de la sentencia judicial o de la fecha del pago si ésta no existió, por lo que el problema de la demora del juicio contra el Estado no se presentaría. Distinta es la situación, sin embargo, en materia administrativa, ya que la responsabilidad administrativa prescribe, de acuerdo con el artículo 152 del Estatuto Administrativo, en el plazo de dos años, por lo que no podría, si hubiera transcurrido el plazo, iniciarse ningún sumario contra el funcionario. Es por ello que habrá de estarse a lo que se resolvió en el sumario iniciado con ocasión de los daños y allí determinar la existencia o no de la falta personal, como expusimos con anterioridad, quedando excluida la posibilidad de iniciar uno nuevo como consecuencia del resultado del juicio seguido contra el Estado.

Precisión del texto del artículo 44

Antes de terminar este trabajo, deseamos referirnos aunque brevemente a un problema suscitado con la redacción del artículo 44 de la Ley de Bases, que al señalar en el inciso primero de los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, para luego agregar: "no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiere incurrido en falta personal", para algunos se estaría englobando la falta personal dentro de la falta de servicio, y la Administración podría repetir contra el funcionario que causó el daño, confundiendo de este modo la ley, la falta personal con la falta de servicio, en cuanto determina que siempre el responsable va a ser el Estado y que la acción solamente debe dirigirse en contra de la Administración¹¹.

Reconociendo que la redacción de la norma no es perfecta, así como tampoco lo es el artículo 137 de la ley N° 18.695 de Municipalidades, que la establece casi en idénticos términos, debemos interpretar dicho artículo en el sentido que guarde rela-

¹¹ José Pablo VERGARA BEZANILLA. Apuntes de charla pronunciada el 13 de diciembre de 1990 en la sede del Colegio de Abogados de Santiago, con motivo de los 95 años del Consejo de Defensa del Estado.

ción con el sistema que se ha establecido, para lo cual debe entenderse que la disposición se refiere únicamente al último responsable del pago y que el inciso segundo se aplica cuando el Estado puede repetir contra el funcionario, lo que ocurre tratándose de faltas personales, de las que el Estado haya debido responder, y por lo tanto, que no son faltas de servicio.

Monto de la indemnización

La regulación definitiva del monto por el cual el Estado podrá repetir contra el funcionario presenta problemas que es necesario dilucidar. El primero de ellos es el determinar si puede discutirse el monto pagado por el Estado a la víctima, o simplemente habrá de estarse a ello sin que el funcionario pueda discutirlo. Incluso algunos estiman que el funcionario podría llegar a excepcionarse sosteniendo que la sentencia dictada en contra del Estado le es inoponible por no haber sido parte en el juicio¹².

Estimamos que desde el momento que en el juicio seguido contra el Estado puede ocurrir y debe ocurrir, como proponemos que el juez determine la existencia de una falta personal, lo que equivale a señalar al agente público como último responsable civil, el funcionario pueda hacerse parte en el juicio. Para ello debe considerarse una gestión especial en el proceso, en que el juez ordene que se ponga la demanda en conocimiento del funcionario a quien pueda afectar el fallo.

De más difícil solución es el problema que puede plantearse en relación al monto que se pretenda cobrar al funcionario cuando no ha existido sentencia judicial, o sea, cuando la Administración ha cancelado a la víctima, sin que haya mediado juicio alguno, o que habiéndose iniciado se haya llegado a una transacción por parte del Estado. Al respecto cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del DFL N° 1 de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, el Consejo puede acordar transacciones en los procesos en que intervenga. Tratándose de estas situaciones aparece muy difícil que pueda exigirse la comparecencia del funcionario, ya que en la práctica haría imposible el pago o la transacción. Sostenemos que en estos casos y no existiendo un pronunciamiento judicial, el funcionario podría discutir la existencia de la falta personal en el juicio que se le inicie por el Estado, así como el monto pagado por el Estado. Para evitar esto último se podría proponer que el juez debe, o bien, prestar su aprobación a la transacción, o ponerla en conocimiento del funcionario para que dentro del plazo que señale el Tribunal alegue lo que corresponda. Esta situación, sin embargo, no alcanza a los casos de pagos efectuados directamente por la Administración que no revistan el carácter de transacciones.

¹² José Pablo VERGARA BEZANILLA. Charla citada.