

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR EN LAS LEYES ORGANICAS CONSTITUCIONALES DE ADMINISTRACION DEL ESTADO Y DE MUNICIPALIDADES

Oswaldo Oelckers Camus

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad Católica de Valparaíso y Universidad de Valparaíso

1. *La situación legislativa*

En Chile, sin perjuicio de las declaraciones de responsabilidad que surgen del atentado al principio de la legalidad de los Arts. 6º y 7º de la actual Constitución Política, además del Art. 38 inc. 2º, de la misma Constitución, la situación de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador, hasta que se dicta en el año 1976 el D.L. 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades, legislación específica para la Administración local, hoy derogada, se vincula directamente con la aplicación que se da a través de la jurisprudencia del instituto de la responsabilidad civil, basada en los conceptos de culpa o dolo como causales posibles de imputación de responsabilidad. La jurisprudencia en este aspecto fue adaptando y aplicando especialmente la noción de culpa y, por lo tanto, de responsabilidad, a situaciones en que participa la Administración y que son asimilables al derecho privado (actos de gestión o que no son de autoridad) y declarando en otros casos la irresponsabilidad del Estado-administrador en razón de actos o hechos que causan daño, pero que son producto de un acto de autoridad legítimo de la Administración, en donde no existe culpabilidad alguna al permitirlo el ordenamiento jurídico.

El sustento legislativo de esta responsabilidad lo basa la jurisprudencia en la aplicación de los Arts. 2314 del Código Civil (Principio general de responsabilidad por el hecho propio), 2320 del Código Civil (Responsabilidad por el hecho ajeno) y 2329 del Código Civil (Presunciones de culpabilidad) para ha-

cer recaer la responsabilidad en la Administración cuando un tercero se vea afectado por actos o hechos culposos de sus agentes y que le causan daño. El D.L. 1.289/76 en su Art. 61 inc. 4º recogía la denominada falta personal del funcionario que en ejercicio de su cargo y debido a culpa o dolo de su parte cause un daño a un tercero. Declara la solidaridad del Municipio y del agente en el pago de la indemnización, estableciendo además el derecho del municipio que pagó a repetir contra del funcionario que causó el perjuicio.

Hubo aquí un reconocimiento en la legislación administrativa a un estatuto de la responsabilidad propio del funcionario municipal respecto de terceros. Sin perjuicio de lo anterior, la misma disposición hizo responsable al funcionario que causa un daño al propio municipio, debiendo éste indemnizar dichos perjuicios en el evento de que se le pruebe actuación dolosa o culposa.

Este mismo D.L. 1.289, en el Art. 62 inc. 3º, legisló sobre un tipo de responsabilidad extracontractual del municipio propia y específica del derecho público, que es la denominada responsabilidad por falta de servicio. Con esta regulación legal se abrió para Chile, en el ámbito municipal primeramente, un amplio margen a la responsabilidad extracontractual del Estado administrador. Hoy día la responsabilidad extracontractual del municipio se establece en el Art. 83 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley Nº 18.695, al señalar que las municipalidades serán responsables por los daños que originen, la que procederá principalmente en razón de falta

de servicio. Reconoce igualmente la responsabilidad de la Municipalidad en razón de falta personal del funcionario, con la posibilidad de que pueda el municipio repetir en contra del funcionario que causó el daño. En este nuevo texto legal se mantiene parte de la antigua regulación del D.L. 1.289/76, reconociendo hoy el legislador que la responsabilidad extracontractual del municipio se produce principalmente por falta de servicio, lo que nos indica que será este tipo de responsabilidad la que en mayor medida afecte y se persiga respecto de la Municipalidad.

Igualmente, la Ley 18.290 en su Art. 177, "Ley de Tránsito", hace responsable a la Municipalidad o al Fisco, en su caso, por los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización. Hay aquí también una clara referencia al incumplimiento del servicio de una de sus competencias y por lo tanto a una obligación atribuida por el ordenamiento jurídico, o sea la responsabilidad en este caso se origina por falta de servicio.

También la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Art. 4º, establece la responsabilidad del Estado "por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". En este artículo se consagra la plena responsabilidad del Estado-Administrador, ya sea si el daño que causa es consecuencia de un hecho o de un acto jurídico o que dicho daño sea causado en forma legal o ilegal. Se reconoce a nivel de principio la responsabilidad extracontractual directa del Estado, reafirmando que éste será responsable por los daños causados por la Administración cuando ella actúe en el ejercicio de sus competencias, agregando que dicha responsabilidad es sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que ocasionó el daño. La responsabilidad del funcionario aparece casi, a nuestro entender, como residual o secundaria respecto a la responsabilidad específica y principal que tiene el Estado de indem-

nizar por el daño que causa la acción de la Administración Pública. Naturalmente no se desconoce la responsabilidad del funcionario, pero ésta queda en un plano diferente a la principal responsabilidad del Estado. El funcionario será responsable por falta personal, o sea imputándosele negligencia (culpa) o dolo en su actuar funcionario, pero el Estado será responsable de lo obrado por el funcionario, que ha debido seleccionar y vigilar, frente a los afectados que reclamen la reparación íntegra del daño causado por esa actuación funcional.

Pensamos que es en este Art. 4º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado donde se está configurando la responsabilidad y sanciones legales que estipulan los Arts. 6º inc. final y 7º inc. final de la Constitución Política.

Por otra parte, el Art. 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado se encuentra ubicado en el Título I, Normas Generales, que según el Art. 1º del mismo texto se aplica a toda la Administración del Estado, constituida por ministerios, intendencias, gobernaciones, órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos Contraloría General de la República, Banco Central, las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por la ley. O sea, el Art. 4º es de general aplicación para toda la Administración Pública.

En el Art. 44 de la misma ley se entra, a nuestro entender, a complementar y a regular en términos específicos, y parciales, la responsabilidad general consagrada en el Art. 4º. Efectivamente, es específico, pues se consagra definitivamente para la Administración del Estado la responsabilidad por falta de servicio debida al daño que causen a terceros en sus actuaciones jurídicas o materiales los órganos de la Administración. Establece además el derecho a repetir en contra del funcionario que actuando como tal cometiere una falta personal y que ello a su vez hubiese originado un pago indemnizatorio al afectado por parte de la Administración. O sea, se reconoce como complemento del Art. 4º la

denominada "falta de servicio" y también la "falta personal". Pero dicho reconocimiento es parcial, debido a que el Art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado se encuentra ubicado en el Título II, normas especiales, en donde el Art. 18 inc. 2º exige de la aplicación de este título a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por sus respectivos estatutos. Por lo tanto, debemos entender que la norma del Art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, referida a la falta de servicio y a la falta personal, se aplica sólo a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, organismos públicos dependientes de éstos (Fisco), organismos semifiscales y estatales públicos descentralizados funcionalmente que carezcan de normativa específica. Puede ocurrir que existan algunas organizaciones en que se establecen principios especiales como es el caso de la responsabilidad por riesgo, producto del daño causado en el uso, explotación e investigación autorizada de la energía nuclear, Ley Nº 18.302 del año 1984, Ley de Seguridad Nuclear, Art. 49 a 66, que afecta principalmente a la Comisión Chilena de Energía Nuclear. Lo anterior es sin perjuicio de la aplicación del Art. 4º de la misma ley que establece, como dijimos, el principio general de responsabilidad. Las Municipalidades, como señalamos en párrafos anteriores, cuentan con la misma norma, Art. 83 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que reconoce la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad principalmente por falta de servicio y reconoce la posible existencia de falta personal. A la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a las empresas públicas sólo se les aplica el Art. 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y las normas de responsabilidad que establezcan sus propios estatutos orgánicos, o frente a la falta de normativa, en una interpretación restrictiva, la aplicación

de las normas de derecho privado y su adaptación jurisprudencial, que ya indicábamos anteriormente, o, en una nueva interpretación, que podría acoger la jurisprudencia, referida a la argumentación que a partir del Art. 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública, aparece la responsabilidad pública con su propia identidad, de tal forma que en razón de dicha norma cualquier organismo de la Administración debería responder cuando en el ejercicio de sus funciones cause un daño. Al no establecerse en el Art. 4º el tipo de responsabilidad de que se trata —que puede ir desde la que es producto de falta personal, o de falta de servicio, o responsabilidad por riesgo—, y sólo referirse al principio general de responsabilidad del Estado, nos vemos en la dificultad de establecer los fundamentos para hacer efectiva esa responsabilidad. Entendemos que en ese caso debería ser la jurisprudencia que frente a cada situación en concreto decidiera sobre el asunto que se le presenta, aplicando los nuevos principios de derecho público referidos a la falta personal, a la falta de servicio, al cúmulo de responsabilidades, a la responsabilidad con falta o a la responsabilidad por riesgo según cada caso y situación específica, principios que se encuentran basados en la negligencia funcionaria, mal tardío o no funcionamiento del servicio, igualdad ante los cargos públicos cuando se impone individualmente una carga (sacrificio especial), enriquecimiento indebido por parte de la Administración o en razón del riesgo social, que se sucede con una intensidad desconocida y al que los administrados están expuestos y que se originen en razón de peligros que ocurren hoy más que antes, y que no puede el particular eludirlos. Son estas situaciones excepcionales de riesgo creadas por la Administración en su favor y en donde el particular puede sufrir un daño. La Administración aquí no puede dejar de actuar y, por lo tanto, no puede evitar los daños, estando ella más cerca de la causa del daño que la víctima. Si la actividad de la Administración se realiza en beneficio de la colectividad ¿no es justo que la víctima de esa co-

lectividad sea indemnizada por la colectividad?

Será pues la jurisprudencia la que en un futuro cercano deba pronunciarse sobre la situación; en caso contrario, ella podría volver a establecer la responsabilidad de estos organismos públicos fundada en la interpretación basada en la normativa y principios de derecho privado y la adopción de la noción de actos de autoridad y aquellos que no lo son.

En todo caso, no podemos desconocer el enorme avance de nuestra legislación en materia de responsabilidad extracontractual del Estado-Administrador, al consagrarse definitivamente en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades la falta de servicio para toda la Administración del Estado, con la sola excepción de la Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Empresas Públicas creadas por ley, las que se rigen por sus propios estatutos y, como hemos señalado, ojalá por una aplicación jurisprudencial de los principios de derecho público-administrativo referidos a la responsabilidad extracontractual del Estado administrador amplíen también su margen de responsabilidad.

2. *La determinación de la responsabilidad por la vía de la falta personal, falta de servicio y acumulación de faltas*

Con motivo de la actividad administrativa los particulares pueden sufrir daños que directa o indirectamente afecten su patrimonio. Por ejemplo, en el curso de ciertas operaciones de la fuerza aérea, un avión cae sobre una edificación privada y le causa graves deterioros; al ser alterado el nivel de una vía urbana, resultan perjudicadas varias casas de propiedad privada; o al realizarse las operaciones aduaneras desaparece un lote de mercancías importadas por un particular; o por causa de vacunación practicada por los servicios de salud, pierde un brazo una persona; un Ministro de Estado dicta una resolución ilegal, lesiva de los derechos de un admi-

nistrado. En todos estos casos se plantea el problema de saber quién es el titular de la responsabilidad, esto es, a quién corresponde indemnizar las consecuencias del acto u omisión dañosa: al Estado, o al funcionario que realizó el acto o incurrió en la omisión.

Hay varios intereses en conflicto, que es necesario tener en cuenta en el sistema de determinación de la responsabilidad: el interés del particular agraviado, el de la Hacienda Pública, el del funcionario y el del órgano público.

El interés del particular agraviado aconsejaría que en todo caso pudiera ejercer su acción contra el Estado, que con seguridad sería más solvente que el funcionario.

Igualmente el interés del funcionario impulsaría a que se reconociese al Estado como titular de la responsabilidad y que se le librase de la misma.

Si se considera el interés de la Hacienda Pública, la solución escogida sería la inversa: la responsabilidad personal del funcionario.

El interés del órgano público conduce a las siguientes consideraciones: no es juicioso librar de toda responsabilidad al funcionario, porque ello estimularía las faltas y negligencias en el personal de la administración; ni es tampoco recomendable abrumar al funcionario con el peso de una responsabilidad excesiva, porque ello retardaría su acción y paralizaría sus iniciativas, en perjuicio del buen funcionamiento de los servicios públicos. Hay pues que buscar un equilibrio.

La jurisprudencia francesa y la doctrina establecieron una distinción que se ha generalizado, entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario, la cual se basa sobre el antagonismo entre la falta del servicio y la falta personal. Ambas expresiones jurídicas han sido reconocidas en nuestra legislación en los Arts. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública y en el Art. 83 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, como antes lo señaláramos. Pues bien, ¿cuáles son los contenidos jurídicos esenciales de cada uno de ellos? Si el acto dañoso ha provenido de un hecho del servicio, y ha constituido, por lo tanto,

una falta del servicio, corresponde al Estado cubrir el monto de la indemnización. En cambio, si el acto dañoso ha sido puramente personal del funcionario y, en consecuencia, constituye una falta personal, el funcionario deberá, con su propio patrimonio, cubrir el monto de los daños y perjuicios causados.

Con frecuencia se expresa la diferencia entre uno y otro tipo de faltas, llamándolas falta separable y no separable del ejercicio de las funciones. La falta personal es, por supuesto, la falta separable de la función.

No ha habido un completo acuerdo entre los autores en cuanto a las condiciones requeridas para que una falta sea considerada como separable de la función y, en consecuencia, personal del funcionario.

Claro está que toda falta cometida por el funcionario materialmente fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo, en el ámbito de su vida privada, debe ser calificada como enteramente personal o personalísima y, por lo tanto, sólo él responde por el daño causado conforme al derecho privado.

Las dificultades surgen en aquellas ocasiones en las cuales, estando el funcionario materialmente en el ejercicio de sus funciones, realiza actos con intención extraña al servicio público, y que, por ello, pueden ser considerados separables de la función. En tal hipótesis se ha hablado de falta intelectualmente separable. Al tratar de precisar estos conceptos, surgen discrepancias.

La doctrina clásica al caracterizar la falta personal, o sea, la falta separable, la ha llamado doctrina de las pasiones personales: hay falta de servicio, si el acto dañoso es impersonal, si revela un administrador o un mandatario del Estado más o menos sujeto a error, y no al hombre, con sus debilidades y sus imprudencias. Si al contrario, la personalidad del agente se revela por sus faltas al derecho privado, por una violencia, una imprudencia, entonces la falta es imputable al funcionario y no a la función.

La moderna doctrina administrativa encuentra que pueden ser calificadas como faltas separables y, por lo tanto, imputables personalmente al funcionario: las

faltas cometidas al margen del ejercicio de la función pública, sea o no en el seno de la vida privada, pero, en todo caso, en circunstancias extrañas a aquel ejercicio; y además, las faltas cometidas aparentemente en ejercicio de la función pública, pero que intelectualmente pueden ser separadas de la misma, por tratarse de faltas intencionales o de faltas graves, esto es, debidas a un error negligente o inexcusable. En estos casos, la falta del agente se produce en el servicio o con ocasión del mismo, pero en donde se den los supuestos de intención manifiesta o gravedad especial de su conducta que lo hacen marginarse de la acción querida conforme a la ley por la Administración en su actuar.

Por otra parte, aunque la falta se cometa en el ejercicio material de la función pública, puede tener carácter personal, si a su autor lo anima una intención de causar daño. Conviene advertir que no toda finalidad incorrecta perseguida por un funcionario basta para configurar una falta personal. Así, el acto administrativo puede estar viciado por desviación de poder, sin que resulte de ello una falta personal de su actor, como en los casos en que éste se ha apartado de la finalidad legítima del acto, pero no con intención malévola contra el servicio mismo, sino para favorecer, por ejemplo, financieramente al Estado. Para que la finalidad incorrecta pueda ser considerada falta personal, generadora de la responsabilidad personal del funcionario, es preciso que haya sido inspirada por la intención de causar daño, por negligencia grave, por el deseo de venganza o por pasiones o debilidades similares. Esta situación se acerca a la noción de culpa y dolo, establecidas en nuestra legislación civil.

Como hemos visto, el sistema expuesto reposa sobre el antagonismo de las dos categorías de faltas: falta personal o falta del servicio. En un primer momento, la doctrina sostuvo que dichas faltas eran excluyentes la una de la otra; que no había lugar para la coexistencia o acumulación de ambas responsabilidades; o respondía el funcionario, o respondía la administración.

Más tarde se advirtió que la no coexistencia de ambas responsabilidades

traía consecuencias contrarias a la equidad. En efecto, en caso de falta personal del funcionario, la víctima obtenía un crédito contra éste; y en caso de falta del servicio, la víctima adquiriría un crédito a cargo de la administración. Eso era injusto porque la solidez del crédito de la víctima estaba en razón inversa a la gravedad de la falta cometida. El agraviado por una falta personal, que es por definición la de mayor gravedad, por su intencionalidad, tenía menores posibilidades de ser pagado que el damnificado por una falta no intencional cuyos efectos quedaban a cargo del patrimonio administrativo.

Hoy se admite, bajo ciertas condiciones, la acumulación de responsabilidades. Conforme al criterio actual, se puede condenar a la Administración a reparar los daños y perjuicios causados por la falta personal del agente, siempre que la falta haya sido cometida en ejercicio de las funciones. No ocurre lo mismo si la falta personal ha sido cometida fuera del ejercicio de las funciones, porque en tal caso no queda comprometida la responsabilidad de la Administración.

La aceptación de la acumulación de responsabilidades tiene por finalidad dar al particular agraviado la ventaja de poder dirigirse contra la Administración, que es generalmente más solvente que el funcionario; pero no autoriza al afectado para percibir a un tiempo indemnizaciones de la administración y del funcionario. Mediante el empleo del procedimiento de la subrogación, que consiste en condenar a la Administración, bajo reserva de que la víctima subrogue al Estado en los derechos que tiene contra el funcionario, se puede impedir la percepción de la doble indemnización. Así, condenada la Administración al pago de la indemnización, puede ejercer contra el agente total o parcialmente responsable del daño, ya la acción nacida de la subrogación, ya una acción directa contra el autor del daño, aun fuera de toda subrogación en los derechos de la víctima, como es el caso del Art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y Art. 83 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. También el agente puede ser parcialmente respon-

sable, cuando el daño ha sido causado a un tiempo por la falta del servicio y por la falta personal, caso en el cual el tribunal deba determinar la cuota de cada uno de los responsables, de acuerdo con la gravedad de las faltas respectivas, para los efectos que la Administración pueda hacer efectiva la cuota de responsabilidad personal de agente público en favor del patrimonio estatal.

3. *Presupuestos para la aplicación de la Falta de Servicio. Art. 44 Ley 18.575 y Art. 83 Ley 18.695*

3.1. La conceptualización

Las disposiciones legales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio hacen aparecer a este tipo de responsabilidad como una responsabilidad directa de la Administración y no como un sistema de cobertura de los daños causados por actuaciones funcionariales ilícitas que causan daño. Hay aquí pues un avance importante en el tratamiento "ius publicista" del tema. Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que ésta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público. Se podría decir que lo que hay que probar es la posición adoptada por la Administración Pública reflejada en su no actuación, en su mala o deficiente actuación o en su actuación tardía, mirando no sólo la culpabilidad del servicio sino la antijuridicidad del daño causado al administrado.

La Administración bajo el contexto de la falta de servicio responde por el daño que terceros sufran como consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público, abarcando esta noción todo el

hacer y actuar de la Administración, esto es, de toda gestión administrativa en general, sean actuaciones u omisiones jurídicas —acto administrativo ilegal, representado por un mal funcionamiento del organismo, pues el mandato constitucional, Arts. 6º y 7º, imponen una actuación legal—, o actuaciones u omisiones materiales o de hecho, al margen de la voluntad del funcionario público o su previsión. Quedan pues comprendidos aquí todos los daños ilegítimos, consecuencia de una actividad o inactividad de la Administración.

La falta de servicio se configura ante una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración. Es decir, nos encontramos con una Administración responsable, quizás bien intencionada, pero en la cual recae la responsabilidad en razón de una posición que ella ha tomado en relación a su funcionamiento y que consecuencialmente produce un daño al administrado, existiendo la relación causal.

Aquí el funcionario público no tiene injerencia ni participación, no se requiere que la falta se individualice en el agente sino que basta que la conducta de la organización sea imputable a un mal funcionamiento general de ella. Así pues, la noción falta de servicio se configura en las siguientes hipótesis:

a) cuando la organización pública ha funcionado mal, o sea, el daño es causado por una acción positiva; b) cuando no haya funcionado, o sea, el daño se ha cometido por omisión, cuando existe un deber funcional de actuar; c) cuando lo haya hecho tardíamente, o sea, cuando el daño es cometido por una falta de diligencia funcional.

En todos estos casos si la falta reviste cierta gravedad, es el origen directo del perjuicio y no media una causa que exonere a la Administración; ella queda obligada a la indemnización del daño injustamente causado a la víctima. La anti-juridicidad del daño se produce si no existen causas que justifiquen la actividad administrativa que cause el daño en el patrimonio del administrado. La anti-juridicidad se traduce así en la inexistencia del deber de soportar el daño por parte de la víctima. No se debe olvidar que

el daño para ser indemnizado, además de ser antijurídico, debe ser efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Como lo señalamos, en este tipo de responsabilidad por falta de servicio, el funcionario público, causante del daño (o frente a la incógnita de quién lo causó) respecto de los terceros afectados, no tiene una real importancia pues el sujeto imputable es la Administración. Si adquiere importancia, conforme a lo establecido en el inciso 2º del Art. 44 de la Ley 18.575 y el inciso 2º del Art. 83 de la Ley 18.695, cuando la Administración (el Estado) indemniza al particular afectado en razón de falta de servicio y esa imputabilidad hubiere sido producto de un actuar negligente o doloso de un funcionario público en el ejercicio de su función (falta personal); en ese caso el Estado-Administración podrá repetir en contra del funcionario, identificado como causante del daño. Naturalmente, esa conducta debe ser probada en tales términos ante el juez ordinario.

La falta de servicio se entiende en razón de un funcionamiento defectuoso o anormal de la organización pública en que existe una falta a las obligaciones y cometidos del servicio impuestos por la ley. Naturalmente, si la ley le fija un conjunto obligacional a la organización pública, ella debe actuar conforme a ese mandato y, por lo tanto, cualquier daño que cause a los administrados por no cumplir con sus obligaciones y cometidos originará falta de servicio. Así pues, la falta de servicio puede consistir tanto en una acción como en una omisión; en una actuación voluntaria o en una actuación involuntaria; en una decisión ejecutoria o en una acción material; consistir en una falta de organización del servicio o en un defecto en su funcionamiento; la falta de servicio puede también tener su origen en una ilegalidad.

Ya hemos dicho que la imputabilidad en este tipo de responsabilidad por falta de servicio recae en la Administración, pero naturalmente la cobertura no puede ser indefinida. Si la actividad dañosa se encuentra desconectada con el servicio u organización pública, la Administración no es responsable. El funcionario

ha actuado en ese caso al margen de las funciones que el cargo le impone. La imputación a la Administración de la conducta lesiva de las personas que actúan como funcionarios públicos se detiene en los límites del servicio público, excluyendo la actividad privada de aquéllos. Lo anterior supone que si la conducta del funcionario se manifiesta en el ejercicio del cargo, que éste mantiene en la organización administrativa, de tal forma que el daño resultante se presenta como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo recae en la Administración, la que no se excluye, a nuestro entender, ni aun en presencia del dolo penal. Esta última situación originaría sí, a posteriori, la posibilidad de repetir en contra del funcionario; sería mucho más fácil detectar la responsabilidad tanto del funcionario como de la Administración. Por otra parte, para que el daño sea imputable a la Administración, no es necesario identificar al funcionario. Puede ocurrir que existan daños anónimos impersonales, no atribuibles a un funcionario, sino a la organización como tal. La responsabilidad de la Administración es aquí directa e inmediata. Pero la falta de servicio en sí no es anónima ni impersonal, puesto que el daño causado por la Administración es producto de conductas de funcionarios, lo que ocurre es que existen casos de imposibilidad de identificación de ese funcionario o de una imputación particular. Hay otros casos en el funcionario que causa el daño es individualizable y su conducta es reprochable en razón de falta personal. Incluso en ese caso, el afectado o víctima deberá actuar procesalmente contra la Administración, sin perjuicio que ella, a posteriori y previa declaración judicial de responsabilidad personal del funcionario, repita contra este último.

La falta de servicio, como hemos señalado, es imputable a la Administración en razón de su funcionamiento anormal, situación que se reconoce cuando el servicio u organización pública ha funcionado mal (acción positiva), cuando no ha funcionado (abstención pero existiendo el deber de actuar) o su actuación ha sido defectuosa o tardía (falta al deber de diligencia funcional).

Dentro de este contexto es necesario tratar de objetivizar la "anormalidad", entendiéndolo que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación en la especie le corresponde al juez. Pero en esa determinación es necesario remitirse a los supuestos de rendimiento medio del servicio u organización de que se trate; estamos aquí frente al grado de exigibilidad en las conductas que se le puede pedir a un servicio u organización pública moderna en un momento preciso y determinado. En esta estimación deben considerarse factores variables de cada época según la demanda social y el propio desarrollo efectivo de los servicios públicos. Hay pues aquí un campo enorme para la jurisprudencia en orden al reconocimiento por esta vía de las demandas sociales de resguardo a la integridad patrimonial de los administrados, ejerciendo un control prudencial sobre el funcionamiento de la Administración al imponerle una carga de diligencia funcional bajo sanción de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, analizando el asunto desde la perspectiva de lo que debe ser el funcionamiento normal del servicio u organismo público, éste a nuestro entender debe especificarse en razón de las leyes y reglamentos que lo rigen, según el objeto para el que fue creado y los medios que se han colocado a su disposición para el cumplimiento de sus fines. Así pues, la falta de servicio es esencialmente flexible; en ese sentido, y al igual que toda falta administrativa, permite una graduación. En este contexto, para que se aplique la falta de servicio es necesario que la falta tenga una cierta importancia, de lo contrario pueden existir imperfecciones, inherentes a toda actuación y que pueden ser consideradas como normales.

Un criterio que ayudará a determinar la importancia de la falta sería el grado de dificultad que implica la actividad administrativa realizada por la organización a la que se le imputa el daño. Es la propia naturaleza de la actividad, en cuanto que ella es o no dificultosa, lo que determinaría el derecho a reparación. Si existe una actividad muy dificultosa por parte de la Administración para realizarla, allí la responsabilidad

surgiría sólo si la falta ha sido grave, importante, manifiesta. En cambio, si no existen las condiciones de dificultad, la exigibilidad debe ser menor e imputarse la responsabilidad en razón de la mera falta, pero sin que ella pueda considerarse como normal. En definitiva, a mayor complejidad en la actividad administrativa, mayor exigibilidad a la falta del servicio (grave en la cúspide de la exigibilidad y simples faltas anormales en la base según actividad). Otro elemento que nos puede ayudar a la determinación de la falta como normal o anormal dice relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que se desarrolla la actividad. De tiempo, pues hoy el grado de dificultad para realizar una actividad puede ser menor que hace un tiempo, y de lugar, por los medios que se pueden o no contar en un lugar determinado para prestar el servicio. Otro elemento es el grado de previsibilidad del daño. Si él era previsible, las faltas que se cometieron originarían más fácilmente la responsabilidad del servicio. Por el contrario, si el daño no era previsible, se admitirá con menor dificultad la falta de servicio.

3.2. La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el daño que se alega en la falta de servicio

La existencia de esta relación de causa a efecto entre la actividad anormal que se imputa a la Administración y el daño producido es una condición necesaria para que ella deba resarcir el daño. El definir los criterios de la relación de causalidad en base a las cuales una actividad administrativa anormal es la causa de la lesión patrimonial, presenta bastantes dificultades por el propio concepto de "relación causal" que no puede ser definido en términos generales, pues frente a un hecho que produce un daño existen generalmente no sólo una causa, sino un sinnúmero de situaciones que pueden estar coligadas, o ser independientes y que originan una situación causal. Por ello, para que un hecho pueda ser considerado como causa del daño debe tener una especial aptitud para producir el efecto perjudicial, o sea, debe ser en sí mismo idóneo, suficiente y

adecuado. Sólo en estos casos la actividad anormal puede considerarse como causa próxima del daño.

Por otra parte, la relación entre el hecho y el daño debe ser siempre directa y exclusiva para que pueda la Administración resarcir al perjudicado. Esta relación directa debe apreciarse por el juez, en cada caso o circunstancia concreta.

El nexo causal puede también verse afectado por distintas razones. En primer lugar por la existencia de fuerza mayor, la que rompe cualquier posible conexión causal entre el funcionamiento del servicio y el daño de la víctima. La fuerza mayor se produce en el evento que el daño resulte de un acontecimiento previsible o imprevisible, pero irresistible y ajeno a la Administración causante del daño, en cuanto que él es ajeno a su propia organización o esfera de actividad. Tal situación excluye, una vez probada su existencia, el deber de reparar dicho daño. En segundo lugar, la falta de la víctima puede romper el nexo causal. Así, la actuación de la víctima que a través de su conducta participa de alguna forma en la producción del daño, interfiere en el proceso causal y exime a la Administración de responder. Por último, lo mismo ocurre si son terceros los que de alguna forma participan en la acción que causa el daño. Por lo tanto, la relación causal debe ser directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, con ausencia de fuerza mayor y que el nexo causal no sufra intervención extraña en la que incluso podría haber cooperado el propio administrado lesionado. La Administración responderá cuando el daño alegado y probado por el afectado resulte directamente de su actividad administrativa, sin que la conexión entre ésta y su resultado sea interrumpida por elementos ajenos a la actuación administrativa, lo que no significa que pueda existir un concurso de causas, como veremos.

El problema del nexo causal, como dijimos, debe ser asumido como una circunstancia esencial por el juez. Si la ley no nos dice en qué consiste la causa de un daño y cuál es el tipo de relación concreta que debe existir entre un determinado daño y el hecho que lo pro-

dujo, la determinación de su contenido se constituye como una exigencia esencial en la labor interpretativa del juez. Esta situación es más evidente en la responsabilidad por falta de servicio, en donde el nexo causal se constituye por la relación entre el funcionamiento anormal del servicio público y la lesión patrimonial y no por el criterio tradicional de la culpa o negligencia en donde el juez tiene la posibilidad de apoyarse en la conducta del demandado funcionario. La relación funcionamiento anormal del servicio y lesión patrimonial (nexo de causalidad) pasa a ser así un elemento determinante de la imputación de daños a la Administración en la responsabilidad por falta de servicio.

Frente a la existencia de un daño, el elemento de la causalidad trata de resolver tres aspectos. Primeramente, la necesidad de proteger a la víctima de un hecho que le causa daño, reestableciendo su patrimonio a su primitiva situación mediante el oportuno pago de una indemnización. El segundo aspecto se refiere a la necesidad de limitar —dentro de la infinita cadena de hechos y de precedentes causales, en la que el daño final vendría a ser un resultado necesario— algunos hechos que cobran especial importancia en razón de las exigencias de resarcimiento planteadas por los daños producidos. Y finalmente, la necesidad de limitar las consecuencias o efectos dañosos atribuidos a un determinado hecho causal.

El límite del concepto de causalidad jurídica vendrá señalado por aquellos daños que habrían de haberse producido en todo caso, incluso faltando el hecho lesivo de la Administración, debiendo quedar por tal motivo definitivamente a cargo de la víctima. Tales son los supuestos de fuerza mayor, de los que no puede predicarse, en rigor, la existencia de una causa jurídica de un daño imputable a un sujeto responsable. En tal sentido se podría definir la causalidad jurídica como la relación existente entre un daño resarcible y el hecho que constituye la fuente normativa de responsabilidad.

A la vista de esta definición y de las observaciones anteriores, el problema de la causalidad jurídica puede ser afron-

tado mediante un doble proceso selectivo: en primer lugar, a través de la selección del hecho o hechos que, pudiendo dar origen a la responsabilidad de la Administración, presenten una especial relevancia en la singular determinación de la lesión patrimonial de un tercero; y, en segundo lugar, mediante la selección de aquellos efectos o consecuencias dañosas que, en concreto, puedan ser imputadas a un determinado hecho dañoso.

El proceso delimitador del área de la causalidad jurídica se produce, por una parte, intentando aislar, en presencia de un determinado resultado dañoso, una serie de hechos causales que hayan podido contribuir directamente a su producción, y, por otra, tratando de señalar el alcance del poder causal de cada hecho dañoso, esto es, hasta qué extremo se extienden los efectos lesivos de un determinado hecho calificado como causa de un resultado dañoso. Tanto la teoría de la equivalencia de las condiciones (o de la *conditio sine qua non*) como la teoría de la causalidad adecuada o las distintas modalidades propias de los Ordenamientos anglosajones, como son las concepciones de la causalidad próxima (*proximate cause*) o de la causalidad razonablemente previsible (*the foresight of a reasonable man*), constituyen criterios aproximados utilizados para señalar tanto los hechos que han tenido un influjo cualificativo y determinante en la producción del resultado dañoso, debiendo ser calificados por tal motivo como causas del mismo, como el alcance potencial que debe atribuirse a cada hecho causal dentro del fenómeno dañoso, tratando en tal sentido de fijar un límite a la eventual cadena de daños que podrían derivarse de una primitiva causa. Proceso simultáneo, por consiguiente, de delimitación y selección de hechos y de efectos dañosos, en orden al establecimiento entre aquéllos y éstos del necesario vínculo o relación de causalidad que pueda dar origen al resarcimiento de la víctima por parte de la Administración responsable.

Sin entrar ahora en el examen de cada uno de estos criterios, se puede observar una línea de acercamiento entre los mismos, cuyo común denominador vendría

marcado por el análisis de los sucesos lesivos como fenómenos dinámicos, a cuya génesis pueden concurrir una o varias series de causales autónomas o dependientes entre sí y dentro de cuyo desenvolvimiento pueden diferenciarse uno o varios daños parciales que concurren a la formación del resultado lesivo final en el patrimonio de un sujeto administrado. En tal sentido, se debe sostener que el principio de garantía patrimonial de la víctima obliga a eliminar del concepto de relación causal únicamente aquellos hechos que, con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder determinante en la producción del daño final: en otras palabras, deben quedar fuera del nexo causal entre un hecho y su efecto lesivo sólo aquellos daños parciales que se hubiesen producido igualmente, bien por el propio comportamiento culpable de la víctima, bien por la existencia de otra serie causal determinante en la producción de los mismos.

Los problemas planteados por la concurrencia de causas tienen especial relevancia, puesto que cada vez son más frecuentes los supuestos de daños en que la disminución patrimonial final padecida por la víctima se manifiesta como un fenómeno dinámico y complejo, dentro del cual es posible diferenciar una pluralidad de hechos y de consecuencias lesivas parciales.

Una lesión patrimonial puede ser, en efecto, el resultado del concurso inicial o sobrevenido de varios hechos dañosos, cada uno de los cuales contribuye en distinta proporción a la producción de aquella. Tomando en consideración estos aspectos y mirado el asunto desde la perspectiva del administrado que soporta el daño, pensamos que cumpliéndose con los requisitos específicos de la relación causal el daño debe ser compensado en la debida proporción que corresponda y determine el juez por todos aquellos que de alguna forma participaron en la producción del daño final.

3.3. El perjuicio

La responsabilidad patrimonial por falta de servicio de la Administración se extiende a todos los posibles daños que sean producto del funcionamiento anor-

mal de sus servicios. Así, pues, el daño causado, que constituye una situación de hecho que atenta contra la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación, genera un derecho a la reparación a la víctima, cumpliéndose los demás requisitos legales, en razón a que él produce un atentado contra un derecho radicado en el patrimonio del sujeto que soporta el daño. Por ejemplo, el afectado podrá invocar un atentado al derecho a la integridad física o síquica de la persona afectada o su reputación o el carácter lícito de la actividad que desarrollaba y que se ve afectada. El perjuicio surge después de la producción del daño; se podría decir que es la consecuencia del daño. El daño es un hecho que se constata; el perjuicio supone una evaluación posterior. Un mismo hecho dañoso puede producir perjuicios distintos a diferentes sujetos en diferente forma o intensidad.

En definitiva, el perjuicio es la expresión subjetiva del daño; puede ocurrir que exista un daño del cual no se derivan perjuicios y, por lo tanto, no surge responsabilidad, o que exista daño sin responsabilidad, aunque sí perjuicios, pero no es posible pensar en responsabilidad si no hay perjuicios.

Sin duda, para que la Administración responda es necesario que existan y se prueben los perjuicios que surgen en razón del daño ocasionado por actuación material o jurídica de ella.

El daño debe referirse a la lesión de un derecho y además debe ser real, es decir, efectivo y probado, sin que pueda admitirse la alegación de supuestos perjuicios que no se han producido y que si se producen serán indemnizables en su momento. El daño debe ser, además, evaluable económicamente y responder la indemnización correlativa a la calidad de justa e integral a los daños sufridos. En relación con lo anterior, debemos señalar que un objetivo fundamental en materia de indemnización por daños producidos como consecuencia del funcionamiento anormal o defectuoso de un servicio público es que la indemnización sea total, integral, adecuada a la magnitud del daño sufrido; cualquier desviación a este principio llevaría a hacer soportar al lesionado un detrimento pa-

trimonial no ordenado con carácter general y que, en consecuencia, no está obligado a soportar. Para verificar la magnitud del daño hay que prestar atención a su monto real y a la previsible evolución del mismo. En ocasiones los daños son verificables en un momento dado con toda precisión, sin que circunstancias sobrevenidas puedan hacer variar su cuantía. Esto no sucede generalmente con los daños corporales, los que suelen tener naturaleza evolutiva, pudiendo variar en un sentido positivo o negativo al alcance real finalmente esperado de una lesión.

4. *Responsabilidad de los funcionarios frente a la Administración*

Según se ha expresado, condenada la persona pública al pago de los daños y perjuicios por falta personal del funcionario, tiene aquélla derecho a recurrir contra éste para que reintegre el monto de la indemnización. Este es uno de los casos en que se plantea la responsabilidad civil del funcionario frente a la persona pública a cuyo servicio se encuentre o haya estado.

Ha de responder entonces civilmente el funcionario ante la Administración si por faltas personales de aquél ha causado directamente daño al patrimonio público, o por sentencia que condena a la Administración al pago indemnizatorio por daño causado en razón de esa falta personal a un tercero. La responsabilidad se limita en estos casos a que los daños y perjuicios provengan del dolo del funcionario, de su negligencia, impericia o imprudencia inexcusables. Es preciso, pues, que el funcionario haya procedido de tal manera para que pueda ser obligado al pago de la reparación pecuniaria. La Administración no puede exigir a sus agentes responsabilidad pecuniaria por faltas que no revistan excepcional gravedad, porque ello conduciría a los agentes públicos a proceder con excesiva cautela, sin la presteza necesaria, y paralizaría en ellos el espíritu de iniciativa. Si las faltas cometidas presentan los expresados caracteres, puede ser exigida responsabilidad civil al funcionario, aun cuando del acto u omisión dañosos no hubiere derivado beneficio personal alguno.

Tanto el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado como el art. 83 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establecen esta posibilidad de repetir en contra del funcionario cuando éste hubiese incurrido en falta personal. Entendemos que ello es posible en el contexto antes explicado. Además, complementando lo anterior, el art. 121 del D.F.L. N° 253/1953 establece el principio de la responsabilidad del empleado ante el Fisco o institución empleadora frente a los perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, ya sea intencionalmente, por negligencia o imprudencia. Si además el Estado se ve pecunariamente afectado ante terceros, el empleado deberá enterar en arcas fiscales lo fijado como indemnización y pagado por la Administración a ese tercero afectado, situación que se complementa con los descuentos que autoriza la Ley 10.336, art. 67, inc. 2°, como veremos.

Igualmente, el art. 56 del D.F.L. 338/60, Estatuto Administrativo, consagra el derecho a repetir que tiene la Administración en contra del agente público para hacer efectiva la responsabilidad civil, solicitando el embargo de la remuneración del empleado, cuando dicha responsabilidad emane de actos del funcionario, realizada en contravención a sus obligaciones funcionarias.

Así, se considera directamente responsable a la Administración, a quien se le imputan los resultados dañosos de las faltas cometidas por sus agentes, cuando éstas no tengan el carácter de faltas personales que determinen la responsabilidad exclusiva de los mismos y que fueron cometidas fuera de la función pública y aquellos otros anónimos en la medida que no es identificable el funcionario autor. Toda negligencia, error u omisión, que aunque reprochable, está en los hábitos del servicio y es inseparable del mismo, se entiende constitutiva de falta de servicio y debe ser reparada por la Administración responsable de ese servicio. Si esa actuación o hábito, negligencia, error u omisión es imputable al funcionario en ejercicio de la función, se podrá repetir contra él siempre que hubiese existido en esa conducta funcional una

intención positiva, una negligencia inexcusable o una impericia grave, producto de la cual se causa el daño al administrado, situación que naturalmente la Administración deberá investigar y probar en juicio.

A nuestro entender, no sería suficiente el mero sumario administrativo interno o de la Contraloría General de la República. Esta situación no es asimilable tampoco a un juicio de cuentas en donde se persigue la responsabilidad civil del funcionario público que maneja fondos o bienes del Estado y cuya cuenta es reparada, procedimiento específico regulado en la Ley 10.336 Orgánica de Contraloría General de la República. Puede ocurrir sí que en algunos casos, a través de este procedimiento, se llegue a la determinación de la responsabilidad civil del funcionario público que maneja fondos o bienes del Estado, y en ese caso deberá restituir lo reparado en su cuenta, pero no las indemnizaciones pagadas a terceros por el Estado. Al respecto, el inc. 2º del art. 67 de la Ley 10.336 establece que el Contralor podrá ordenar se descuenta en las condiciones que ahí se fijan, de las remuneraciones de los funcionarios, las sumas que el Fisco u otra institución estatal debe 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. Hay aquí una norma que se encuentra establecida para aplicarla una vez que la Administración ha probado la negligencia o conducta dolosa del funcionario en juicio, o como era antiguamente cuando la Administración era demandada solidariamente con el funcionario para los efectos del pago de la indemnización y en donde se discutía la negligencia o el dolo funcional, o sea, la falta personal. Efectivamente, hoy el administrado demanda a la Administración por falta de servicio en un juicio en que se debate la "culpabilidad" de la Administración por no actuar, por actuar mal o hacerlo tardíamente, o sea, por funcionar anormalmente y no se discute la negligencia o dolo funcional. De ahí que necesariamente, pensamos, la Administración condenada al pago de una suma de dinero a título de indemnización en razón

de falta de servicio, deberá, si motivo que origina la demanda es imputable a negligencia o dolo de un funcionario público identificado, iniciar las acciones judiciales para que una vez probada dicha conducta pueda repetir del patrimonio funcionario la restitución de lo pagado a título de indemnización por la Administración. En este caso podrá la Contraloría, luego de dictada la sentencia que declare la culpabilidad civil del funcionario, retener, para efectos de pago, hasta un 50% de su remuneración (art. 67, inc. 1º, Ley 10.336).

Si en la sentencia del juicio en que la Administración demanda al funcionario para los efectos de repetir en su contra, se concluye que existió buena fe o justa causa de error de parte del funcionario en razón de la complejidad de la función, la presión para ejercerlo o la naturaleza de la ciencia o arte que implica la función, el juez podrá naturalmente liberar de responsabilidad por falta personal al funcionario o determinar sólo un grado de responsabilidad, con lo cual se concluye que el hecho que originó el daño al tercero no era imputable a dicho funcionario público o existió una justa causal de excusabilidad de parte de él o sólo es parcialmente imputable, produciéndose el cúmulo de responsabilidades. Para concluir, diremos que en la falta de servicio la culpabilidad del funcionario no tiene importancia frente a la imputación del hecho dañoso al ente público, ente que debe responder si existe un funcionamiento anormal en relación al estándar medio de perfección requerido en el funcionamiento del servicio o ejercicio de una actividad. Por supuesto, si hay comportamiento culposos o doloso del funcionario, se identifica más fácilmente el funcionamiento anormal del servicio. Naturalmente, la anormalidad de la acción administrativa de la que se deriva un daño antijurídico se comprobará más fácilmente si se identifica primero el comportamiento culposos o doloso del funcionario causante material del daño. Sin embargo, tal comportamiento culpable no es en absoluto necesario para determinar la objetiva ilegitimidad de la actividad administrativa, uya existencia y valoración concretas se realizan efectiva-

mente en el "hecho lesivo", con independencia del comportamiento personal del funcionario. La culpabilidad subjetiva de este último no sólo no presenta ya relieve jurídico alguno para que tenga lugar el fenómeno de imputación del hecho dañoso al ente público, sino que

ha sido eliminada de las hipótesis legales que condicionan la responsabilidad civil de la Administración, lo que equivale a constituir una ampliación de garantía patrimonial de los administrados frente al proceso de intervención de los poderes públicos.