



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

ANÁLISIS CRÍTICO Y PROSPECTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR ACCIDENTES EN VÍAS CONCESIONADAS.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumnos: Nicolás Hernández Araya

Macarena Montes Franceschini

Profesor: Paulo Montt Rettig

Santiago, Marzo de 2013

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
<u>ABREVIATURAS</u>	04
<u>INTRODUCCIÓN</u>	05
 <u>CAPÍTULO I – DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS REGÍMENES JURÍDICOS</u>	
<u>DE RESPONSABILIDAD</u>	
I.1. VARIANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	12
<u>II.1.1. Responsabilidad Civil Contractual:</u>	12
<u>II.1.2. Responsabilidad Civil Extracontractual:</u>	17
I.2. FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	21
 <u>CAPÍTULO II – TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EN CHILE</u>	
II.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	26
A) Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo S.A.	28
B) Ramírez con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A. ..	33
C) Bravo Cisternas Fredy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.	38

II.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	43
<u>II.2.1. Responsabilidad extracontractual por culpa:</u>	44
A) Herraz con Autopista del Sol S.A.	45
B) Canales con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán S.A.	50
C) González con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán.	58
<u>II.2.2. Responsabilidad estricta:</u>	62
A) Concha con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.	64
B) Varas y otra con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y Fisco	70

**CAPÍTULO III - EVALUACIÓN CRÍTICA DE LAS POSICIONES
JURISPRUDENCIALES Y PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN.**

III.1 - ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES	76
Víctima o Acreedor	78
Victimario o Deudor	79
Precaución o Deber de Cuidado	82
Probabilidad del daño	85
Accidente y Daños	87
<u>III.1.1. Posibilidad de régimen de responsabilidad civil contractual</u>	90

<u>III.1.2. Posibilidad de régimen de</u>	
<u>responsabilidad civil extracontractual</u>	98
<u>III.1.2.1. Responsabilidad por culpa</u>	99
<u>III.1.2.2. Responsabilidad estricta</u>	104
III.2.- FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	
EXTRACONTRACTUAL APLICABLES A LOS ACCIDENTES	
EN VÍAS CONCESIONADAS	109
<u>III.2.1. Respecto del fin preventivo en el AED</u>	109
<u>III.2.2. Respecto del fin de justicia y sus variantes</u>	113
III.3.- PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN	116
<u>CONCLUSIÓN</u>	123
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	126
<u>ANEXO N°1</u>	132
<u>ANEXO N°2</u>	135

ABREVIATURAS

AED	:	Análisis económico del derecho
CC	:	Código Civil
LCOP	:	Ley de Concesiones de Obras Públicas
MOP	:	Ministerio de Obras Públicas
REDNC	:	Responsabilidad estricta con defensa de negligencia contributiva

ANÁLISIS CRÍTICO Y PROSPECTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR ACCIDENTES EN VÍAS CONCESIONADAS.

INTRODUCCIÓN

En el derecho chileno se ha hablado mucho sobre el régimen de responsabilidad de las empresas concesionarias. Ello puede verificarse fácilmente a nivel doctrinal y jurisprudencial, iniciándose dicho diálogo a mediados de la década de 1990. Fue el D.F.L. del Ministerio de Obras Públicas (desde ahora MOP) N° 164 de 1991 la norma legal que reguló la institución de la concesión en nuestro país, siendo la norma pionera en lo que a concesión estatal se refiere, denominándose también “Ley de Concesiones de Obras Públicas” o, sencillamente, “Ley de Concesiones” (desde ahora LCOP). Esa norma tendrá varias modificaciones, lo que obligará a refundirla, coordinarla y sistematizarla mediante el Decreto N° 900 MOP de 1996. Sobre el tema, antes del año 1991 solamente había un artículo de ley que facultaba al MOP a ejecutar obras por medio del sistema de concesiones (artículo 87 del D.F.L. N° 850 del MOP que sistematizaron la Ley 15.840 de 1964 y el D.F.L. N° 206 de 1960).

Hasta al año 1952, Chile fue gobernado por los denominados “gobiernos radicales”, que preferían la actuación directa del Estado en la mayoría de los servicios, tales como conectividad vial, educación, industria manufacturera, etc.

basándose en la teoría del estado del bienestar. En un mapa político-social así configurado, los gobernantes no pensaban en establecer concesiones a privados. Al terminar dicho periodo, comienzan a gobernar partidos que creen en la posibilidad de lograr un desarrollo económico mancomunado con los individuos y empresas particulares. Es así como en el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez se dicta el D.F.L. N° 206 de 1960 y Ley 15.840 de 1964. Esta última norma en su artículo 87 disponía: “*Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional...*”. Como se aprecia, se reconoce la posibilidad de que terceros ajenos al aparato estatal construyan obras de beneficio público, mediante una licitación pública.

La consolidación final de la institución vendría con la llamada “Ley de Concesiones”, que tuvo su génesis en el modelo económico, fuertemente liberal, consolidado durante el régimen militar, y practicado en Chile en las décadas de 1970’, 1980’ y 1990’. Hecha la transición política, estando ya en el gobierno el Presidente de la República Patricio Aylwin Azócar, la condición económica reinante, caracterizada por una continuidad del crecimiento económico tradicional, favoreció a que el legislador facultase al Poder Ejecutivo, mediante una norma de aplicación general y multidisciplinaria, delegar en empresas privadas la constitución y/o explotación de servicios típicamente estatales, ya no sólo obras públicas, sino que de muchos otros ámbitos.

Hecho el repaso histórico, podemos apreciar que la institución *concesión* ha echado raíces en nuestro país, siendo una posibilidad ineludible al momento de crear servicios públicos. Reflejo de esto son las diversas concesiones vigentes en Chile: vías automovilísticas, tratamiento de aguas, canales de regadío, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, equipamiento urbano, entre otros.

Sin embargo, este arribo ha traído consecuencias jurídicas, esencialmente en el ámbito del litigio judicial. Prueba de ello, son las recientes tesis, columnas y diversas opiniones de juristas que tienen por objeto analizar la voluminosa jurisprudencia de casos de responsabilidad civil por daños sufridos en servicios concesionados. No solo los juristas y jueces parecen llamarnos la atención sobre este punto, sino también los medios de comunicación sociales, que encuentran en estos casos particular interés por saber “quién se hará responsable por estos accidentes”. En términos jurídicos, lo que atrae las atenciones es el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de accidentes viales, cuando la construcción y/o explotación de estos caminos fue concesionada a empresas privadas, y determinar quién cargará con los costos (del accidente, de prevención y administrativos).

En algún momento el legislador tuvo que hacerse esta pregunta, y actuar frente a ella. La LCOP estableció normas de responsabilidad (artículo 35) de manera escueta. El Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas – dictado el 6 de octubre de 1997- complementó esa norma en otros tantos artículos (artículo 35, artículo 62 y artículo 63). Con esa reglamentación se

singularizó el régimen de responsabilidad. No creemos que ese estado de cosas sea digno de llamarse “régimen” o “sistema” de responsabilidad específico. Ya mencionamos que el legislador tuvo que tomar una postura al debatir la LCOP. Podría haber efectuado multiplicidad de cosas: 1) omitir normativa especial y dejar que se aplicase el régimen general de responsabilidad del Código Civil (desde ahora CC); 2) insertar en la ley un título denominado “responsabilidad frente a terceros” y tratarlo íntegramente; 3) hacer un catálogo de accidentes esperables y frecuentes en las vías automovilísticas, y asignar casuísticamente el sujeto de derecho que deberá cargar con ellos; 4) establecer un procedimiento judicial/administrativo especial; 5) crear una superintendencia que fiscalizase a las concesionarias y el estándar de prevención al que se sujetasen, y llevase registro del riesgo presente en cada servicio vial; entre otras posibilidades de acción.

En este momento -en el cual nos preguntamos cómo deberíamos regular- adquiere gran relevancia el debate sobre si abrazar un sistema de responsabilidad estricta, o responsabilidad por culpa, o ausencia de responsabilidad (daños caen donde caen), o favorecer la práctica de asegurarse; y si la sede de responsabilidad es contractual o extracontractual. Ambos temas serán desarrollados ampliamente en este trabajo. Todos esos cuestionamientos han sido hechos por nuestros jueces, sin que hayan podido guiarse por un criterio que uniforme sus decisiones, debilitando la seguridad jurídica que anhelan los usuarios del sistema judicial. La jurisprudencia nacional

ha estado marcada por un constante vaivén, dando un amplio margen para que los abogados litigantes de estos juicios argumenten la posición que les sea más favorable. Los abogados del juicio dan por hecho que los jueces no tienen un indicador exacto sobre qué tipo de régimen civil aplicar, la valuación de los daños, o los vínculos jurídicos que nacen en cada acto del servicio concesionado (como circular en la vía o pagar tarifa). Esto trae como consecuencia que las sentencias -no sólo de primera instancia sino que también de Corte de Apelaciones y Corte Suprema- fallen en muy distintos sentidos. A veces se inclinan por constatar un régimen jurídico de responsabilidad contractual, y otros por un régimen de responsabilidad extracontractual. De la misma manera, algunos fallos dan a entender que la legislación sigue exigiendo una prueba de imputabilidad en el prestador del servicio, mientras que otros de igual cuantía fallan como si fuese un caso de responsabilidad estricta. Nos ocuparemos de esto detalladamente en el desarrollo de esta memoria.

Lo que nos proponemos hacer en este trabajo es mirar ampliamente este escenario, usar criterios económicos, y proponer al legislador una optimización del régimen de responsabilidad aplicable a los sujetos envueltos en una concesión. El diagnóstico lo pretendemos hacer principalmente en las luces y posiciones que han manifestado nuestros tribunales de justicia. Posteriormente utilizaremos la teoría del Análisis Económico del Derecho (desde ahora AED)

para establecer *hipótesis*, diagnosticar *eficiencias*, y tomaremos partido por la postura que resulte *óptima*, según las circunstancias de Chile en la actualidad.

Un estudio como el descrito obviamente requiere, en parte, prescindir de un análisis acabado de “la norma”, y apreciar la situación desde una óptica económica. Sin embargo, nuestro punto de partida estará constituido por la jurisprudencia atingente que ya hemos descrito. Individualizaremos y analizaremos multiplicidad de esas resoluciones judiciales, e intentaremos establecer los lineamientos que existen detrás de ellos, y las variantes jurídicas a las que buscan adherir. Nos guiaremos por los métodos presentes en los libros más importantes del AED (Richard Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen), que esbozan cómo encontrar el régimen jurídico más adecuado a casos de ilícitos, y la forma de atribuir los costos. Manejaremos constantemente conceptos propios de la economía como externalidad, incentivo, eficiencia, costo, demanda y oferta, elasticidad, y otros, pero que serán debidamente definidos para quienes tengan bajo o nulo niveles de acercamiento a área. En razón de ello, es probable que nuestro trabajo concluya sugiriendo más que una especificación legal, pudiendo haber modificaciones institucionales, en organismos, aspectos de prevención de políticas públicas y cambios en cómo la gente percibirá el uso de los servicios concesionados.

Dejamos constancia que este trabajo innova, puesto que todos los estudios hechos sobre este tema que hemos leído, y que están presentes en la bibliografía, han sido tradicionales, es decir, análisis legales y jurisprudenciales

utilizando métodos inductivos (se analizan ciertas normas y fallos singularmente, para luego extraer principios o tendencias), cuya conclusión recurrente es: “frente al vaivén del sentido de los fallos, se requiere con prontitud una reforma legal”. Nuestro trabajo es prospectivo. No redundaremos en diagnósticos de la reglamentación vigente puesto que eso ya se ha hecho, por otros autores, con latitud. Sí analizaremos cierta jurisprudencia, pero solamente para verificar conclusiones sobre cómo se comportan los jueces ante la multiplicidad de regímenes de que se valen los litigantes. Esa multiplicidad de regímenes es lo que atenderemos al inicio del trabajo. A fin de cuentas, nuestro trabajo busca abrir abanicos de posibilidades sobre cómo tratar el tema de los accidentes en vías concesionarias, y luego proponer un sistema jurídico que optimice los recursos que se invierten en creación, mantención y reparación de esas mismas concesiones viales.

CAPÍTULO I – DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS REGÍMENES JURÍDICOS

DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de reparar los perjuicios causados a otro. Esta se divide en responsabilidad civil contractual y extracontractual, dependiendo de si existe un vínculo jurídico previo entre las partes o no. Ambos tipos de regímenes de responsabilidad civil tienen en común que originan una acción civil de indemnización de perjuicios

I.1. VARIANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

II.1.1. Responsabilidad Civil Contractual:

Tradicionalmente se ha definido obligación como “un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo.”¹ El carácter del vínculo es jurídico, por lo cual, el deudor está constreñido a cumplir la prestación, bajo las sanciones que la ley le impone. De esta característica de la obligación, se desprende la fuerza

¹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año. pág. 15.

obligatoria del vínculo jurídico que une al acreedor y al deudor, regulada en el artículo 1.545 del CC, a propósito de las obligaciones contractuales.

El deudor al comprometerse a realizar una determinada prestación, compromete su patrimonio al cumplimiento de la obligación. Esta institución es regulada por el legislador como el derecho de garantía general, cuya finalidad es proteger al acreedor frente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Nuestro ordenamiento jurídico regula diversas herramientas para que el acreedor obtenga un cumplimiento de parte del deudor. En primer lugar, la ley autoriza al acreedor para forzar al deudor a cumplir la prestación a la que se obligó. En el caso en que no sea posible obtener el cumplimiento de la obligación pactada, la ley permite al acreedor solicitar la indemnización de los perjuicios. Además, el acreedor goza de los llamados derechos auxiliares, cuyos objetivos son mantener intacto e íntegro el patrimonio del deudor para que pueda cumplir con la prestación a la que se obligó.

La responsabilidad civil contractual es aquella en que el deudor está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados a su acreedor producto del incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación. Se ha discutido en doctrina si el acreedor puede elegir entre demandar el cumplimiento forzado de la obligación y la indemnización de los perjuicios o debe demandar la segunda en subsidio de lo primero. Respecto a las obligaciones de hacer y no hacer, está expresamente resuelto en los artículos 1.553 y 1.555 del CC, permitiéndose esta opción por parte del acreedor. En cuanto a las obligaciones

de dar, la opinión generalizada es que el acreedor no puede elegir; ante el incumplimiento, el acreedor debe perseguir en primer lugar, el cumplimiento forzado (más la indemnización moratoria) y si no puede obtener el cumplimiento en naturaleza, puede solicitar la indemnización de perjuicios (compensatoria y moratoria). Esta opinión se basa en lo estipulado en el artículo 1.537 del CC, en relación a la cláusula penal. El legislador permite al acreedor elegir entre el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios ante la mora del deudor, posibilidad excepcionalmente permitida a propósito de la cláusula penal.

Para que sea procedente la indemnización de perjuicios debe existir: incumplimiento de una obligación, existencia de perjuicios, relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios, imputabilidad de los perjuicios (culpa o dolo del deudor), la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad y mora del deudor.

El artículo 1.556 del CC señala que hay incumplimiento cuando la obligación no se cumple, se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento. Doctrinariamente, el incumplimiento de una obligación se ha definido como “el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella.”² A su vez, el artículo 1.568 del CC define pago efectivo como la prestación de lo que se debe.

La obligación que se incumplió debe probarse y también el cumplimiento de ella. El artículo 1.698 del CC dispone que corresponde probar la obligación o

² Idem. pág. 117.

su extinción a quien la alega. El acreedor tiene la carga de probar la existencia de la obligación, pero no el incumplimiento. El deudor debe probar que pagó o cumplió con lo debido, puesto que implica la extinción de la obligación. Puede ocurrir que el deudor no ha cumplido la obligación, pero pretende eximirse de la responsabilidad. Para lograrlo, deberá probar que el incumplimiento no le es imputable, alegando algún modo de extinción de la obligación que lo libere de cumplir forzosamente con la obligación o indemnizar los perjuicios.

La responsabilidad civil busca reparar el perjuicio sufrido, por lo cual, el segundo requisito de la responsabilidad contractual es la existencia de perjuicios, entendidos como “todo detrimento que sufre una persona en su patrimonio material o moral”³. Según lo dispuesto en el artículo 1.698 del CC, el acreedor debe probar los requisitos de la responsabilidad contractual, incluyendo los perjuicios. La ley contempla dos casos excepcionales en que el acreedor no debe probar los perjuicios; en la cláusula penal (artículo 1.542 del CC) y en las obligaciones de dinero, cuando sólo se cobran intereses (artículo 1.559 del CC).

Para que el daño o perjuicio sea indemnizable, debe ser cierto, no haber sido indemnizado y lesionar un derecho o interés legítimo. El daño es cierto cuando es real, esto es, efectivamente existe. Por lo cual, el daño eventual, no es indemnizable, pues no se sabe si existirá o no. Esto no significa que un daño futuro no sea indemnizable, puesto que puede ser futuro y cierto, si

³ Ibidem. pág. 131.

efectivamente se sabe que ocurrirá. Por esto, el lucro cesante, que es un daño futuro, se indemniza. El segundo requisito para que el daño sea indemnizable es que no haya sido ya indemnizado, puesto que no procede el cúmulo de indemnizaciones. Por último, el daño o perjuicio debe lesionar un derecho, que puede ser un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial o un interés legítimo.

La relación de causalidad esta tratada en los artículos 1.556 y 1.558 del CC. Debe existir una relación de causa a efecto entre el incumplimiento y los daños producidos. Este requisito excluye la indemnización de los perjuicios indirectos, que son aquellos que no son una consecuencia necesaria del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardo en el cumplimiento por parte del deudor.

Otro requisito para que proceda la responsabilidad contractual es que el incumplimiento sea imputable al deudor, puesto que existen situaciones en que no deberá indemnizar a pesar de que no cumplió con la obligación. El incumplimiento será imputable al deudor cuando haya obrado con dolo o culpa. Sin embargo, existen circunstancias que modifican o extinguen la responsabilidad del deudor, haciendo que el incumplimiento sea inimputable. Estas circunstancias son: caso fortuito, ausencia de culpa, estado de necesidad, hecho o culpa del acreedor, excesiva onerosidad en la prestación, hecho ajeno y convenciones modificatorias de responsabilidad.

El último requisito de la responsabilidad contractual es la mora del deudor. Tradicionalmente ha sido definida por la doctrina como “el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor.”⁴ La mora contempla el incumplimiento definitivo de la obligación y el atraso en el cumplimiento. Para que se configure la mora, debe existir retardo imputable del deudor en el cumplimiento de la obligación, interpelación por parte del acreedor y que el acreedor haya cumplido su obligación o esté llano a hacerlo.

II.1.2. Responsabilidad Civil Extracontractual:

La responsabilidad civil extracontractual, también conocida como delictual o aquiliana, es aquella obligación de reparar los perjuicios que nace cuando una persona comete un hecho ilícito que ocasiona daño a otra. Por lo tanto, no existe un vínculo jurídico previo entre las partes. Existen dos tendencias para fundamentar la responsabilidad civil extracontractual:

a) Responsabilidad civil extracontractual por culpa.

Es aquella en que nace la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a otro, puesto que el actor ha obrado con culpa o dolo. En otras palabras, la obligación de reparar los perjuicios se origina por la infracción a un deber de cuidado. Los deberes de cuidado pueden ser establecidos por el

⁴ Ibidem. pág. 153.

legislador o por los jueces. En el primer caso, se expresan en reglas de conducta fijadas con anterioridad a la comisión del hecho ilícito o en el segundo caso, con posterioridad a la comisión del hecho ilícito. Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia se ha referido a este tipo de responsabilidad como “subjetiva”, puesto que requiere un juicio fundado en la conducta culpable o dolosa del demandado, en contraposición a la responsabilidad estricta, que prescinde de la conducta culpable o dolosa del autor, siendo denominada “objetiva”⁵. Esta terminología, según la doctrina moderna, es inadecuada. La responsabilidad por culpa es objetiva porque la conducta del demandado se compara con un estándar de diligencia ideal y abstracto, sin considerar los aspectos personales de quien comete el hecho ilícito. La determinación de la existencia de culpa no supone un juicio de reproche personal al autor del daño, sino comparar su conducta con un patrón general y abstracto. En la responsabilidad por culpa y estricta, los elementos subjetivos se reducen a la capacidad y libertad del responsable del daño ocasionado.

La responsabilidad civil por culpa requiere de la ejecución de un hecho ilícito, realizado por una persona capaz y libre, que ha obrado con culpa o dolo, produciéndose un daño a la víctima y una relación de causalidad entre el hecho ilícito y los daños generados. El agente debe haber obrado con culpa o dolo. La culpa se puede definir como “la falta de aquella diligencia o cuidado que los

⁵ ALESSANDRI, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. pág. 69.

hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios”⁶. Para que exista culpa se debe comparar la conducta realizada por el autor con la que habría realizado el buen padre de familia, sin atender a las circunstancias personales del agente del daño, pero determinándose en concreto según las circunstancias externas, como por ejemplo, el lugar, profesión, actividad, rol social del autor, entre otras.

En materia extracontractual se responde de la culpa leve porque no puede exigirse al patrón medio de prudencia, el buen padre de familia, que emplee en sus actos “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes”, esto eliminaría el sistema de responsabilidad civil por culpa y establecería como regla general, un sistema de responsabilidad estricta.

El elemento central de la responsabilidad civil es el daño, puesto que sin daño no hay responsabilidad. El daño se ha definido como “la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”⁷. El interés afectado debe ser legítimo y significativo. El interés legítimo es aquel que no es contrario a la ley, orden público y buenas costumbres. El interés debe ser significativo, pues la vida en sociedad produce constantes molestias y perturbaciones a las personas, por lo cual, para que sea indemnizado, no debe

⁶ Idem. pág. 126.

⁷ Ibidem. pág. 213.

ser de aquellas molestias o perturbaciones que deben ser soportados por la víctima.

Por último, para que se configure la responsabilidad civil extracontractual, debe existir una relación de causalidad, necesaria y directa, entre el hecho del agente y los daños producidos.

b) Responsabilidad civil extracontractual estricta:

Es aquella en que el autor de un hecho ilícito está obligado a reparar los perjuicios ocasionados, aun habiendo actuado de manera diligente, esto es sin culpa ni dolo. “Es el hecho perjudicial liso y llano, y no el hecho doloso o culpable, el que engendra la responsabilidad; el que causa un daño no responde de él en cuanto culpable; sino en cuanto autor del mismo.”⁸ Es de suma importancia recalcar que en este régimen de responsabilidad no es admisible la excusa de haber actuado con diligencia por parte del autor, puesto que se sanciona la generación del riesgo por el autor del hecho.

Por regla general, el legislador utiliza la responsabilidad estricta para regular actividades peligrosas. En nuestra legislación la podemos encontrar regulada a propósito de daños ocasionados en accidentes aéreos, aplicación de plaguicidas, instalaciones nucleares, entre otros. De este modo, quien realiza una actividad sometida por ley a un estatuto de responsabilidad estricta debe tomar las precauciones necesarias para evitar el riesgo, de lo contrario tendrá la

⁸ Ibidem. pág. 85.

obligación de reparar los perjuicios habiéndose probado la relación causal entre la actividad y los daños generados.

I.2. FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL⁹

La regla principal en materia de responsabilidad es que cada quien carga con los daños que sufre, puesto que por el hecho de vivir en sociedad las personas están expuestas a incontables tipos de molestias, peligros y daños, siendo imposible implementar un sistema en que todo daño se indemnice a quien lo sufre. Sin embargo, el derecho regula casos en que el autor de un daño deberá indemnizar a la víctima, por tanto, los fines de la responsabilidad civil son importantes porque son herramientas para configurar el tipo de sistema de responsabilidad civil que se busca implementar (desde el punto de vista del legislador) y su posterior práctica (desde el punto de vista del juez y abogado).

a) Fin Correctivo:

El fin correctivo es aquel que analiza la responsabilidad civil desde la perspectiva de la víctima, por lo cual, determina cuándo será justo que la víctima soporte los efectos del accidente. Este fin busca corregir la situación de

⁹ En esta parte haremos una exposición análoga, en forma y contenido, a la expuesta por la memoria UGARTE, Eduardo y VÍCARI, Alejandro. Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Bourie: jurisprudencia y doctrina. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 239 h. a partir de la página 12. Más extensamente se trata este tema en BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 1.230p. a partir de la página 33.

injusticia en que queda la víctima consecuencia del accidente. Por tanto, pretende volver a la víctima al estado en que se encontraba con anterioridad a la acción cometida por el tercero.

b) Fin Retributivo:

El fin retributivo analiza la responsabilidad desde la perspectiva del autor del daño y se fundamenta en que el autor del daño infringe el deber de respeto que existe hacia los demás integrantes de la sociedad. Este fin busca corregir la injusticia cometida por el autor del daño.

El sistema de responsabilidad civil chileno es objetivo, puesto que se compara la conducta del autor con la conducta de una persona prudente que se encuentra en las mismas circunstancias externas. En consecuencia, los elementos subjetivos se reducen a dos: la capacidad del autor del daño y la libertad de acción, sin ser determinante la antijuricidad de la conducta ni las condiciones personales del autor del daño. Por lo anterior, actualmente la importancia de la responsabilidad civil es reparar el daño sufrido por la víctima y no la retribución al autor del daño por la acción impropia que cometió. Sin embargo, aún existen resabios retributivos; algunos ejemplos son los llamados daños punitivos y la valoración del daño moral, en que el juez fija el monto considerando cuán culpable fue la conducta del autor del daño.

c) Fin Distributivo:

Este fin no toma en cuenta la relación entre el autor del hecho y la víctima, como el fin correctivo y retributivo, sino la relación que existe entre la sociedad y las víctimas de accidentes. Este fin busca corregir la situación de desequilibrio en que queda la víctima del daño y las demás personas que no han sido dañadas por el accidente, pero que pueden potencialmente convertirse en víctimas del mismo tipo de accidente. Para ello, normalmente se recurre a un sistema de seguros; existen seguros de tipo social y privado para corregir el desequilibrio mencionado y distribuir los costos de los accidentes entre todas las potenciales víctimas.

d) Fin Preventivo:

Las reglas de responsabilidad civil son un conjunto de incentivos y desincentivos destinados a orientar el comportamiento de las personas a un óptimo preventivo colectivo.

Las normas de un sistema de responsabilidad civil serán eficientes en la medida que la distribución de los costos conduzca a un bienestar general de la población y disminuya los accidentes, alcanzando un óptimo de prevención. Se pretende evitar las actividades en que el costo de indemnizar el daño sea superior al costo de prevenirlo, en relación al beneficio social que genera, puesto que será óptimo permitir una actividad peligrosa si los beneficios que genera a la sociedad son mayores al costo de evitar los accidentes.

La escuela del AED ha desarrollado esta idea, postulando que las normas legales deben ser analizadas desde un punto de vista económico. Esta escuela postula que la responsabilidad civil debe constituir un sistema eficiente de distribución de los costos de accidentes.

CAPÍTULO II – TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EN CHILE

Existe numerosa jurisprudencia de nuestros tribunales sobre el régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes en vías concesionadas. Sin embargo, no existe un criterio uniforme al momento de resolver estos casos. En las siguientes páginas, citaremos los principales argumentos de nuestros tribunales para defender cierto régimen de responsabilidad civil aplicable a este tipo de accidentes.

Algunos fallos señalan que la responsabilidad es de carácter contractual, y para ello se basan en la existencia de un contrato de carácter privado entre la empresa concesionaria y el usuario. Otros fallos, niegan la existencia de un contrato entre las partes o ni siquiera se cuestionan la posibilidad de que existe un vínculo contractual entre las partes, en consecuencia, defienden un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Dentro de estos fallos, existen algunos que defienden un sistema de responsabilidad estricto y otros aplican un régimen de responsabilidad basado en la culpa.

Con un propósito de orden y mejor comprensión de estos fallos, estructuramos el estudio de las posturas de la siguiente manera: anunciamos el título de la sede de responsabilidad, seguimos con los principales fundamentos, y finalizamos con el análisis particular de fallos singularizados.

II.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Para que la responsabilidad civil aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas sea contractual, debe existir un vínculo convencional entre las partes: la empresa concesionaria y el usuario de la vía. La doctrina y jurisprudencia que son de la opinión que la responsabilidad aplicable a estos casos es contractual, señalan que existe un contrato de concesión, de carácter administrativo, cuyas partes son: el Estado, que entrega la actividad en concesión y por otro lado, la empresa concesionaria, que se adjudica la actividad a ser explotada y mantenida. A su vez, existe un contrato de derecho privado entre el concesionario y el usuario de una obra pública concesionada, que es un contrato de prestación de servicios.

En este contrato de prestación de servicios, el concesionario se encuentra obligado a prestar el servicio en las condiciones señaladas por la autoridad y el usuario tiene la obligación de pagar un precio por el uso de las vías, que se traduce en el peaje. El peaje vendría siendo el precio que los usuarios pagan por transitar por la vía concesionada, puesto que no solo busca financiar el servicio público, sino proporcionar una legítima ganancia a la empresa concesionaria.

En algunos fallos, la jurisprudencia señala que la obligación de la empresa concesionaria es evitar que se produzcan daños a terceros y que pesa sobre ella un deber de vigilancia. Otros fallos señalan que la empresa

concesionaria está obligada por ley a prestar el servicio en condiciones de absoluta normalidad y, específicamente, que está obligada a permitir la libre circulación por las vías en contraposición a la obligación de los usuarios de pagar el peaje.

Las sentencias que argumentan que la empresa concesionaria está obligada a prestar el servicio en condiciones de normalidad, de manera que no se produzcan daños a terceros se fundan en lo dispuesto en la LCOP, que señala las obligaciones que asume el concesionario. En especial, el artículo 23 letra a), que dispone lo siguiente: “La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a: a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación.” En consecuencia, una de las obligaciones del concesionario es prestar el servicio en absoluta normalidad, obligación que se incumple al producirse cierto tipo de accidentes en una vía concesionada, como por ejemplo, accidentes derivados del ingreso de animales, objetos lanzados desde las pasarelas, barreras mal puestas, entre otros.

Los siguientes fallos fueron seleccionados porque demuestran claramente los argumentos de nuestros tribunales para afirmar que el régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas es de carácter contractual. Estas sentencias también

demuestran las confusiones en que incurren los jueces al conocer de esta materia.

A) Moya Acevedo, Ángel con Autopista del Maipo S.A.

En juicio seguido ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo”, rol C-1.638-2005, con fecha 29 de septiembre del año 2006 se dicta sentencia que desestima la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por don Ángel Moya Acevedo. La acción indemnizatoria se fundamenta en la ocurrencia de un accidente automovilístico en una autopista concesionada el día 27 de junio del año 2004, producido por el choque del automóvil con un fierro de cuatro metros de largo que se encontraba tirado en el pavimento. Esto provocó que los neumáticos delanteros se reventaran y que el demandante perdiera el control del vehículo, siendo impactado por un bus que también circulaba por ahí. Se demandó en lo principal indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual y, en subsidio, por responsabilidad civil contractual.

La sentencia desestima la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, puesto que es de la creencia que el estatuto de responsabilidad aplicable es el de responsabilidad civil contractual. Al respecto argumenta lo siguiente: “5°) Que el concesionario de una obra pública adquiere el derecho de percibir, como contraprestación de la construcción y

mantenimiento de la obra, un precio o tarifa determinado por parte de los usuarios de la obra, y el usuario la obligación de pagar la tarifa o precio para poder usar el bien concesionado, que en la especie es el transitar por la vía concesionada. 6°) Que teniendo en consideración la definición de contrato y la manera como se vincula el concesionario y el usuario de la concesión, se puede llegar a establecer que estos se encuentran vinculados por contrato que crea de entrada los derechos y obligaciones indicados en el motivo 4°) de esta sentencia, lo que llevará a esta magistratura a desestimar la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual”¹⁰.

En cuanto a la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, también es desestimada, puesto que el juez es de la opinión que la empresa concesionaria no tenía cómo prever que hubiera un fierro tirado en el pavimento, por lo cual, se configura la causal eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 1.547 del CC, caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto señala “13°) Que la demandada, por otro lado, acreditó haber empleado la diligencia y cuidado necesario, ya que los testigos, dentro de los cuales se encontraba un ingeniero en transporte, se encuentran contestes en que la Autopista del Maipo cumple con las condiciones de seguridad, ya que realiza permanentes monitoreos y chequeos por medios de patrullas, como también que el lugar donde se produjo el accidente hay buena visibilidad ya que hay luz artificial y que el accidente ocurrió a 200 metros de las casetas de

¹⁰ 21° Juzgado Civil de Santiago, “Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo”, rol C-1.638-2005.

peajes, distancia que impide que las personas que trabajan en estas hayan podido percatarse que de un vehículo haya caído un fierro [...]”¹¹

La parte demandante interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el 21° Juzgado Civil de Santiago. Sus principales argumentos para deducir este recurso fueron la falta de prueba por parte de la empresa concesionaria del caso fortuito y la desestimación de la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. En fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 9 de junio de 2009, caratulado “Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo”, número de ingreso 9.196-2006, se revoca la sentencia apelada y se condena a la empresa concesionaria a pagar una indemnización por los daños causados.

Este fallo revocatorio de la Corte de Apelaciones de Santiago da por hecho –no fundamenta su aplicación- que el régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas es contractual. En varias de las sentencias analizadas a lo largo de nuestro estudio, se aprecia claramente que los tribunales evitan analizar el fondo de la problemática que existe respecto al régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes en vías concesionadas. Al dar por hecho que el régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes en vías concesionadas es uno u otro, evitan el análisis fundamental que se requiere en esta materia sobre si el régimen que se está dando por hecho es efectivamente el más eficiente según un punto de vista

¹¹ Idem.

económico, y también según los fines de la responsabilidad civil. En efecto, según nuestro régimen constitucional republicano, es el legislador quien debe hacer un análisis comparativo entre las virtudes y desventajas de ambos regímenes de responsabilidad civil, para luego definir la normativa de carácter general y obligatoria. De haberlo cumplido así nuestro poder legislativo, es probable que no existirían sentencias tan diversas e inconsistentes unas de otras como hay actualmente.

Volviendo al caso particular (Moya con Autopista del Maipo), la Corte de Apelaciones de Santiago señaló lo siguiente “Qué, tratándose en la especie de un caso de responsabilidad contractual, y dado que el contrato que une a las partes es bilateral, oneroso y conmutativo, acorde lo señalado en los artículos 1439, 1440 y 1441 del Código Civil, el deudor responde de culpa leve, entendida esta como aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, como lo indica el artículo 44 del Código Civil, por lo que según lo indicado en el artículo 1547 del mismo Código, sólo cabe como eximente de responsabilidad el caso fortuito, cuya prueba según este mismo artículo, corresponde al que lo alega, y al no probarse en la especie los dos requisitos de este instituto jurídico eximente de responsabilidad, tal exención deberá ser desestimada.”¹² El fallo señala que no es normal que aparezca un fierro tirado en una autopista, por lo que se cumpliría con el primer requisito del caso fortuito, esto es, que sea irresistible

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, “Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo”, número de ingreso 9.196-2006.

para el demandado. En cuanto al segundo requisito, la imprevisibilidad, el tribunal de alzada es de la opinión que no se configura, puesto que es normal que ingresen a las vías camiones con cargas y es deber de la empresa concesionaria velar por que no produzcan daños a terceros.

En conclusión, la argumentación de la Corte de Apelaciones de Santiago en vez de ahondar en la justificación de por qué el régimen aplicable es contractual, lo trata como un aspecto del juicio que no es objeto de cuestionamiento alguno, y opta por profundizar en la falta de configuración del caso fortuito como causal eximente de responsabilidad civil. Si bien reconocemos que la Corte de Apelaciones de Santiago debía ahondar en la configuración del caso fortuito alegado por la empresa concesionaria, falta una argumentación sólida que respalde su decisión de que el régimen aplicable es contractual, siendo que el apelante no solo alega la falta de prueba del caso fortuito, sino también que el régimen aplicable es de responsabilidad extracontractual. La consecuencia jurídica de que la Corte de Apelaciones de Santiago dé por establecido el régimen de responsabilidad civil y solo ahonde en la configuración del caso fortuito, lleva a que revoque la sentencia de primera instancia, y en consecuencia, conceda una indemnización de perjuicios que quizás no habría otorgado si hubiese analizado cuál régimen debe aplicarse al accidente ocurrido en esa vía concesionada.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Santiago señala que dentro de esta relación contractual, la concesionaria tiene un deber de seguridad y

vigilancia respecto a los usuarios que transitan por la vía concesionada: “Además, es obligación de la concesionaria otorgar seguridad a todos los usuarios que se sirvan del servicio ofrecido, para así evitar que a estos se les produzcan daños con motivo del uso de tal vía concesionada.”¹³ Tampoco existe de parte de los jueces una fundamentación sobre el origen de este deber de seguridad y vigilancia, no es claro si este deber deriva de la ley o del nivel de diligencia fijado en el contrato (culpa leve).

La empresa concesionaria interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Luego, las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, en virtud del cual pusieron término al juicio.

B) Ramírez con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.

En autos sobre indemnización de perjuicios, rol C-155-2008 del Juzgado de Letras de La Unión, don Franklin Gallegos Cordones en representación de don Juan Marcelo Ramírez Matus y doña Débora Inostroza Sanzana, interpone demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra de Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A., basada en la responsabilidad que atribuyen a la demandada en accidente vial ocurrido con fecha 20 de abril de 2003. Al pasar por una plaza de peaje, el vehículo del

¹³ Idem.

demandante impactó con una barrera medianera de contención que se encontraba en punta, objeto que no se encontraba señalado, causando numerosos daños. En la sentencia se acogió parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil contractual, condenando a la empresa concesionaria a pagar \$750.000 a los actores por daño material y \$10.000.000 a cada uno por el daño moral sufrido.

El demandado interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el señor Juez de Letras. La Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2011, revocó la sentencia, y en su lugar, declaró que se rechaza la demanda de indemnización de perjuicios porque debió fundarse en responsabilidad extracontractual de la empresa concesionaria. Al respecto señala “8°) Que en lo que concierne al primer requisito en examen y a que se alude en la consideración pertinente, preciso es dejar asentado que en forma doctrinaria y jurisprudencial existe opinión mayoritaria en torno a que la normativa que rige la materia sobre la responsabilidad por los daños ocasionados en una vía o carretera concesionada, es de carácter extracontractual, toda vez que no existe o falta una relación jurídica previa entre la ofendida principal y la concesionaria [...] sin que exista en manera alguna entre la concesionaria y el usuario una relación contractual, toda vez que la tarifa o valor que se entera por el peaje, adquiere para esos efectos no el carácter de precio, sino que un simple gravamen, sin

que aquello mute o cambie la situación existente.”¹⁴

La Corte Suprema casa en la forma de oficio dicha sentencia, por la falta de consideraciones de hecho, vicio de nulidad formal regulado en el artículo 768 número 5, en relación con el artículo 170 número 4, ambos del Código de Procedimiento Civil. La sentencia de reemplazo dictada con fecha 16 de mayo del año 2012 establece que la responsabilidad que incumbe a la empresa concesionaria es de carácter contractual. Al efecto, señala lo siguiente; “5°) Que es así como la empresa concesionaria se encuentra relacionada jurídicamente con la autoridad estatal – unión de Derecho Público, regulada por la ley y el contrato de concesión -, al tiempo que su vinculación también se produce con cada uno de los usuarios del camino que tiene concedido en explotación, de suerte tal que el régimen al que adscribe una concesión de obra pública concierne a distintas relaciones jurídicas, unas de carácter público y otras de índole privada, según sea con quien conviene el concesionario. Al respecto, se ha dicho que la concesión supone un acuerdo previo entre la Administración y el concesionario, que se obtiene a través del mecanismo contractual. El acto administrativo de concesión viene a ser la prestación a que una de las partes contratantes – la Administración – se obliga; siendo objeto de este contrato un servicio público, el contrato es de carácter administrativo. La concesión implica una escisión entre titularidad del servicio – que corresponde al Estado – y su explotación, de la que se hace cargo el concesionario, el cual obtiene como

¹⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, “Ramírez con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”, número de ingreso 750-2010.

retribución de su actividad el producto de las tarifas o precios pagados por los usuarios. (Garrido Falla, Fernando; “Tratado de Derecho Administrativo”, citado por Jaime Santos Briz en “Derecho de la Circulación Vial. Contratos”, La Ley – Actualidad; 1998, pág. 304). De acuerdo con eso, el usuario del servicio en su relación con la concesionaria está en una situación contractual, ligado a la concesión por un contrato de derecho privado, en que las prestaciones recíprocas entre los contratantes se constituyen por la provisión, de un lado, de una ruta o camino con determinadas características cualitativas de rango relativamente superior y, de otro, el pago de un valor prefijado por ello. Ese precio o peaje no se encamina sólo a financiar un servicio público que se presta sin un interés ulterior de quien lo provee, sino que, por el contrario, la sociedad concesionaria – no el Estado -, actúa movida, como le es connatural, por el afán de obtener una legítima ganancia;”¹⁵

La sentencia señala que la empresa concesionaria se encuentra obligada por disposición del artículo 23 de la LCOP, a conservar la obra en condiciones normales de utilización, suprimiendo las causas que originan molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación. Las bases de licitación del proyecto, también contienen obligaciones para la empresa concesionaria, como conservar la ruta, en especial, las señalizaciones y defensas camineras.

¹⁵ Corte Suprema, “Ramírez con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”, número de ingreso 2.911-2011.

Respecto a los usuarios de la ruta, las bases de licitación obligan al concesionario a funcionar y mantener el camino en condiciones de normalidad para evitar accidentes, siendo responsable ante las acciones legales de los usuarios. Por lo cual, habiéndose probado la existencia de un vínculo contractual por la demandante en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.698 del CC, cabe aplicar el artículo 1.547 del CC, en relación a que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearla. En el caso de autos, en virtud de la prueba rendida, la empresa concesionaria no probó que actuó con diligencia, sino en opinión de la Corte Suprema, la prueba demuestra todo lo contrario.¹⁶

A diferencia del fallo de la Corte de Apelaciones en el caso anterior (Moya Acevedo con Autopista del Maipo S.A.), la Corte Suprema justifica su postura de que el régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes en vías concesionadas es contractual. En efecto, señala que existe un contrato de carácter privado entre las partes, obligaciones recíprocas, que son la prestación de un servicio y el pago de un precio, entre otros argumentos que ya fueron citados. Razonamientos como los de esta sentencia son indudablemente bienvenidos habiendo otra frondosa jurisprudencia que omite inclinación en uno y otro sentido. Sin embargo, recalcamos que el efecto relativo de las sentencias trae como consecuencia esta virtud no produzca más beneficios que el fallo en

¹⁶ Idem.

concreto. Ya hemos repetido numerosas veces que la oscilación jurisprudencial acarrea varios problemas.

C) Bravo Cisternas, Fredy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.

En autos sobre indemnización de perjuicios, seguido ante el 4º Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Bravo Cisternas Fredy con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, rol C-1.904-2004, se dictó sentencia el 28 de noviembre del año 2006. La demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual se funda en la ocurrencia de un accidente vial el día 15 de marzo de 2004 en la Ruta 5 en dirección al sur, por el impacto de un vehículo con una vaca que se cruzó debido al mal estado de la cerca divisoria.

El demandante alega que la sociedad concesionaria se encuentra obligada contractualmente a prestar un servicio seguro, desde la entrada a la vía concesionada y posterior pago del peaje. El demandado alega que no le cabe responsabilidad en el accidente, puesto que no es el dueño ni guardián del animal, por lo cual, el demandante cometió un error respecto al sujeto pasivo. También argumenta que la responsabilidad no puede ser contractual, pues no existe contrato entre las partes y que el pago del peaje es el pago que el Estado hace al concesionario de la inversión efectuada. Al respecto, la sentencia

dispone lo siguiente “existe un vínculo contractual derivado del contrato de adhesión que celebra el usuario al momento de pagar el peaje, razonamiento al cual se llega de la sola lectura de la abundante doctrina y Jurisprudencia que versa sobre esta materia [...]”¹⁷ Las obligaciones de este contrato son aquellas que se contraen al celebrar el contrato de concesión de obra pública, contenidas en el artículo 23 de la LCOP, por lo cual, en aplicación de lo dispuesto por este artículo, no es una condición normal de la vía que se encuentren animales sueltos transitando por ella, pues es una autopista de alta velocidad. En consecuencia, una de las obligaciones de la empresa concesionaria es mantener las barreras que dividen la vía, de los predios colindantes en buen estado, para evitar accidentes como el ocurrido en autos. En razón de lo expuesto, la sentencia acoge la demanda.

La Corte de Apelaciones de Santiago, confirma la sentencia apelada y declara lo siguiente “4º Que frente a lo expuesto por la demandada, cabe precisar que, la vinculación de la concesionaria con el Estado es de Derecho Público, regulada por la ley y el contrato de concesión, en el cual se señalan por la autoridad las condiciones en que debe prestarse el servicio concesionado. En cambio, la relación existente entre el concesionario y el usuario del servicio concesionado es de derecho privado, toda vez que en este caso no concurre el carácter desinteresado que implica que los servicios públicos estén sujetos a un régimen jurídico de Derecho Público; como señala don Patricio Aylwin en su

¹⁷ 4º Juzgado Civil de Santiago, “Bravo con Sociedad”, rol 1.904-2004.

Manual de Derecho Administrativo, “la tarifa que él cobra a los usuarios no persigue sólo financiar el servicio, sino, además, proporcionarle una legítima ganancia. No concurre, pues, en este caso, respecto del concesionario, el carácter desinteresado que implica que los servicios públicos estén sujetos a un régimen jurídico de Derecho Público. 5º Que acorde con lo señalado precedentemente, en esta relación de derecho privado entre concesionario y usuario, el primero se obliga a prestar el servicio público en las condiciones que le ha señalado la autoridad y el último a pagar el precio que corresponda, lo que precisamente constituye un contrato de prestación de servicios.”¹⁸ Además, agrega que entre las obligaciones que asume el concesionario, están las contempladas en el artículo 23 b) de la LCOP, que lo obligan a proporcionar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originan molestias, incomodidades y peligrosidad a los usuarios. La concesionaria no cumplió con esta obligación, puesto que no se preocupó de que los cercos de los predios colindantes estuvieran en buen estado para evitar la fuga de animales.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago es impugnada por la parte demandada por medio de un recurso de casación en el fondo. La demandada alega que de existir una obligación indemnizatoria sería de carácter extracontractual, por lo que la sentencia yerra al señalar que existe un contrato de adhesión, en particular, de prestación de servicios, entre las partes. Agrega

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, “Bravo Cisternas Fredy con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, número de ingreso 648-2007.

que el peaje no es el precio que el usuario paga por utilizar la vía concesionada, sino que tiene por objetivo recuperar la inversión realizada. Además, manifiesta que la obligación de proporcionar el servicio en condiciones de absoluta normalidad se refiere al servicio público, no de mantener los cercos en buen estado, puesto que esta obligación no existe para el Estado de Chile, por lo que tampoco puede exigirse a la empresa concesionaria, pues carece de atribuciones legales para intervenir en la propiedad ajena.

La Corte Suprema establece que el contrato de concesión de obras públicas da origen a relaciones jurídicas de carácter público y privado; siendo la relación entre el concesionario y el usuario del segundo tipo, dando origen a un contrato de carácter bilateral, consensual, oneroso y conmutativo. Por lo cual, la empresa concesionaria se obliga según el artículo 23 de la LCOP a conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, suprimiendo las causas que originan molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación. Al respecto, la Corte Suprema establece en la sentencia “DUODÉCIMO: Que en el caso de autos, esta Corte coincide con lo establecido en el considerando séptimo de la sentencia recurrida, en cuanto a que la concesionaria, al no haber adoptado las medidas necesarias consistentes en preocuparse de que los cercos de los predios vecinos se encuentren en buen estado a fin de evitar que pudieran salir animales a la

carretera que interrumpieran la libre circulación de los vehículos, no cumplió con la obligación que le impone la concesión y por consiguiente la que asume al celebrar el contrato de prestación de servicios con el usuario, siendo por ello responsable de los daños que son la consecuencia de dicho cumplimiento, norma que por su especialidad, prefiere por sobre aquella que asigna la responsabilidad al propietario del animal.”¹⁹ Por lo anterior, la Corte Suprema concluye que la causa ha sido bien fallada por los jueces de fondo, por lo que se desestima el recurso de casación en el fondo.

Hasta el momento no nos hemos detenido a explicar por qué los actores solicitan una indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria y no al responsable directo, cual es el dueño del animal en sede extracontractual. No existe una norma expresa que dé respuesta a este cuestionamiento, sino un razonamiento de carácter lógico realizado por los actores. Los demandantes escogen como foco de atención el deber de seguridad (que nace en el contrato) y el nivel de diligencia (que nace no solo del contrato, sino también del CC y demás normas legales que regulan las concesiones) de la empresa concesionaria, y no los del dueño de los animales. El razonamiento de carácter lógico aludido, es que las empresas concesionarias gozan de un patrimonio de mayor fortaleza y grandeza que el de los ganaderos que colindan con las vías vehiculares. Más bien, se trata de un razonamiento puramente económico, y encuentra legitimación en la pluralidad de normas legales y constitucionales que

¹⁹ Corte Suprema, “Bravo Cisternas Fredy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, número de ingreso 6.370-2009.

tiene a su haber el demandante. Es decir, dado lo imbricado de las relaciones sociales y consecuente normativa estatal, al afectado se le ofrece una variada gama de posibles responsables, no habiendo entre ellos alguno que pueda definirse como el único responsable. En las circunstancias legislativas actuales, es deber de la judicatura ponderar esto –está obligada a hacerlo, en virtud de la acción procesal y el principio de inexcusabilidad de los tribunales- y por ello ocurre que sea la empresa quien, en la generalidad de este tipo de accidentes, responda económicamente con las pretensiones de los accidentados (o contratantes).

Concretizando lo dicho en el párrafo anterior, en el fallo que estudiamos, el tribunal alude a una supuesta especialidad normativa de lo contenido en la concesión y en el contrato de prestación de servicios, por sobre las normas que asignan la responsabilidad al propietario del animal.

II.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La segunda postura de nuestros tribunales de justicia respecto al régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas es la responsabilidad extracontractual. En general, las sentencias que defienden esta postura no creen que exista un vínculo contractual entre la empresa concesionaria y el usuario, porque el peaje no es el precio que se paga por el servicio. Si bien están de acuerdo en que el

régimen de responsabilidad es extracontractual, existe discrepancia entre el sistema de responsabilidad por culpa y el sistema de responsabilidad estricta. Esto provoca que las pretensiones indemnizatorias de la víctima sean poco claras e inciertas porque algunos jueces pueden exigir la prueba de la culpa o dolo de la empresa concesionaria y otros no.

II.2.1. Responsabilidad extracontractual por culpa:

La doctrina y jurisprudencia que sustenta esta opinión, señalan que el régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas es responsabilidad extracontractual por culpa. La responsabilidad estricta, valga la redundancia, es de derecho estricto, debe ser expresamente señalada por el legislador. En consecuencia, no pueden los jueces determinar que los accidentes en vías concesionadas se someten a responsabilidad estricta sin una expresa mención de la ley sobre esto.

La normativa que regula las concesiones de vías públicas generalmente contiene expresiones que establecen la responsabilidad de la sociedad concesionaria, al igual que las bases de licitación publicadas por el MOP, pero es un error señalar que estas normas contienen un régimen de responsabilidad estricta. No le corresponde a la sociedad concesionaria una responsabilidad de naturaleza estricta, derivada de las bases de licitación y del contrato de concesión celebrado entre la sociedad concesionaria y el Fisco de Chile, por la

estipulación de expresiones tales como “el concesionario debe tomar todas las precauciones para evitar los daños a terceros” o “todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, será de exclusiva responsabilidad del concesionario.” Como ya se dijo, la responsabilidad objetiva es de derecho estricto, requiere ser expresamente manifestada por el legislador. Por lo tanto, este tipo de normas no excluyen la regla general, que es la responsabilidad por culpa.

A) Herraz con Autopista del Sol S.A.

En juicio seguido ante el 9º Juzgado Civil de Santiago, rol C-2.045-2005, caratulado “Herraz Díaz Nancy con Autopista del Sol S.A.” se acogió la demanda de responsabilidad civil extracontractual solo en cuanto se condenó a la demandada, Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A., a pagar a la demandante la suma de \$5.333.567, por concepto de daño emergente, más reajustes e intereses y la suma de \$120.000.000, por concepto de daño moral. La demanda se funda en el accidente ocurrido el día 29 de agosto del año 2004, cuando una piedra atravesó el vidrio trasero izquierdo del vehículo y golpeó en la cara a la demandante que iba arriba del vehículo conducido por la Autopista del Sol S.A. a la altura del kilómetro tres del camino San Antonio a Santiago.

La sentencia afirma que el régimen de responsabilidad aplicable es extracontractual y en particular, por culpa. Al efecto, dispone lo siguiente “VIGESIMO CUARTO: [...] La concesionaria estaba obligada a mantener la vía en óptimas condiciones de uso y seguridad para los usuarios, y en especial, conservar las obras, sus accesos, señalización, demarcación y servicios en condiciones normales de utilización, atendida la continuidad de la prestación del servicio, facilitando en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras. Existió en la especie una omisión (no hacer), no actuar. La omisión provino de culpa de la demandada, esto es, se trata de una falta de cuidado en el cumplimiento de las obligaciones que le imponía el contrato de concesión de obra pública, el descuido en lo que respecta a la protección de la vía, puesto que si la empresa concesionaria hubiese actuado con un mínimo de diligencia y cuidado, si hubiese mantenido un control respecto del estado de los cercos colindantes, advirtiendo oportunamente su mal estado y ordenando su reparación, si hubiese mantenido la vigilancia permanente de la ruta el daño no se hubiese producido (relación entre el hecho u omisión culpable y el daño). En la especie, correspondía que la concesionaria Autopista del Sol, conforme a los ataques reiterados a automovilistas en el mismo lugar donde ocurrieron estos hechos, de acuerdo a los documentos que rolan a fs.173 a 177, 386, 464 a 467 y, tratándose en la especie de un lugar poblado (cercano y colindante) a la carretera o vía concesionada debió reparar

en todas aquellas medidas necesarias, eficaces y eficientes para evitar la ocurrencia de nuevos ilícitos respecto de los usuarios de la vía, los que por lo demás, están haciendo uso de la misma, debiendo pagar por dicho uso [...]”²⁰

Contra dicha sentencia, la demandada Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A., dedujo recurso casación en la forma y apelación. La Corte de Apelaciones de Santiago, en número de ingreso 5.243-2007, rechazó el recurso de casación en la forma y revocó el referido fallo en cuanto acogía la demanda y, en su lugar, la desestimó en todas sus partes. La Corte de Apelaciones da por hecho que la responsabilidad aplicable a este tipo de accidente es responsabilidad extracontractual por culpa, sin fundamentarlo. La sentencia se caracteriza por aplicar el régimen de responsabilidad civil que demandó el actor, en este caso extracontractual, y a partir de esto, analizar los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Su principal argumento para revocar la sentencia es que la empresa concesionaria actuó de manera diligente y que no puede prever este tipo de accidentes. Al respecto señala “7°.- Que, por otra parte, no puede predicarse negligencia ante un acontecimiento imprevisible y/o inevitable. No hay controversia cuanto a que las lesiones de la demandante fueron directamente causadas por la acción delictiva de tres menores, que lanzaron a la vía de circulación la pedrada siniestra. Creen estos jueces que la concesionaria de la autopista no estaba en situación de impedir o evitar una conducta y un resultado de esa naturaleza; [...] 9°.- Que lo que la normativa allí

²⁰ 9º Juzgado Civil de Santiago, “Herraz Díaz Nancy con Autopista del Sol.”, rol C-2.045-2005.

recordada y que no es necesario reiterar entrega fundamentalmente a una concesionaria como la perseguida, es la “explotación”, que obviamente apunta al tránsito vehicular, sin que pueda extenderse a lo que le es en sí mismo ajeno o exógeno, como lo sería pretender que el deber de explotar una vía pública concesionada alcanzase a comportamientos ilícitos provenientes de extraños, a menos que estos se originen en acontecimientos al interior del espacio propiamente regentado por la concesionaria, cuyo no es el caso; [...]”²¹

En contra de esta última sentencia la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el que es rechazado por la Corte Suprema con fecha 20 de agosto de 2012, cuyos principales argumentos son: “Séptimo: [...] De lo expresado por el recurrente parece desprenderse que lo que pretende con su arbitrio es atribuir a la demandada –empresa concesionaria- una suerte de responsabilidad legal o de carácter objetivo, toda vez que pretende hacerla responder de cualquier daño que se produzca a un usuario que transita por la vía concesionada. [...] Noveno: Que a fin de determinar si ha existido el yerro denunciado es necesario dilucidar cuál ha sido el estándar que el legislador del D.L. 900 ha exigido a la empresa concesionaria en el cumplimiento de su obligación de seguridad –en este caso, durante la fase de explotación de la obra pública- en materia de responsabilidad civil. A la luz de las normas transcritas en el motivo precedente y de una interpretación efectuada al tenor del artículo 19 inciso 1° del Código Civil –como lo propone el recurrente-, es

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, “Herraz Díaz Nancy con Autopista del Sol S.A.”, número de ingreso 5.243-2007.

posible afirmar que el estándar que se exige es el de normalidad, lo que se extrae de las expresiones “condiciones normales de utilización” y del vocablo “normalidad” de las que se ha valido el legislador en el artículo 23 de la reglamentación aludida. [...]”²²

En virtud de lo expuesto, se concluye que la sociedad concesionaria será responsable cuando se logre acreditar por el demandante la falta del debido cuidado en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de concesión y de las normas legales. Es de suma importancia destacar que la Corte Suprema señala que el régimen de responsabilidad aplicable a este tipo de accidentes no es objetivo, en consecuencia, la sociedad concesionaria no responde de todos los daños producidos, sino de aquellos que le pueden ser atribuidos por su actuar al menos negligente.

El fallo de la Corte Suprema no cuestiona lo establecido por la Corte de Apelaciones de Santiago, por el contrario, obvia que el régimen de responsabilidad civil aplicable al caso es responsabilidad extracontractual por culpa. En efecto, en el segundo considerando de la sentencia señala “Que resulta pertinente indicar que tanto la demandante –en el escrito de demanda– como los sentenciadores, consideran que en este caso deben aplicarse a la sociedad concesionaria las normas de una responsabilidad de naturaleza extracontractual.”²³ A partir de esta afirmación, la Corte Suprema no cuestiona el régimen de responsabilidad civil aplicable al caso e inicia el desarrollo de la

²² Corte Suprema, “Herraz Díaz Nancy con Autopista del Sol S.A.”, número de ingreso 2.282-2010.

²³ Idem.

sentencia sin siquiera mencionar el régimen de responsabilidad aplicable a este caso, entrando de lleno en las infracciones alegadas por la parte demandante en su recurso. Lo más cercano que llega a estar de tratar este tema es en el séptimo considerando cuando se limita a negar la aplicación de la responsabilidad estricta a este caso, pero sin fundamentar esta opinión. Al igual que en otros fallos analizados, esta argumentación de nuestros tribunales –o más bien, falta de argumentación- es insuficiente para resolver las dudas que existen sobre cuál es el régimen aplicable a los accidentes en vías concesionadas.

B) Canales con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán S.A.

En juicio ordinario sobre demanda civil de indemnización de perjuicios, fundado en las normas de la responsabilidad extracontractual, en contra de la sociedad Ruta 5, tramo Talca – Chillán S.A. y en contra del Fisco de Chile, seguido ante el 20º Juzgado Civil de Santiago, rol C-6.497-2002, se acoge parcialmente la demanda, en cuanto se condena a la empresa concesionaria a pagar a la parte demandante la suma de \$102.237.554 pesos.

La demanda se funda en que con fecha 19 de mayo del año 2002, en el kilómetro 240 de la Ruta 5 Sur, el marido de la demandante iba manejando un camión por la autopista cuando se cruzaron dos caballos. El camión, producto del impacto, cayó por una zanja de dos metros, siendo arrastrado por la zanja

cuarenta metros más. El marido de la demandante falleció en el acto, su acompañante sufrió lesiones graves y el camión quedó totalmente destruido. La demanda se funda en el régimen de responsabilidad extracontractual estricta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la LCOP, en cuanto señala “responderá de los daños”.

La sentencia establece lo siguiente “DÉCIMO SEXTO: Que, los perjuicios que demanda la parte demandante en contra de la Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A., debe estarse a las normas legales y reglamentarias citadas precedentemente, sin perjuicio de exigirse además la existencia de un hecho ilícito, de daños y perjuicios, además de la relación de causalidad entre ambas; ya que según se desprende del artículo 35 del Decreto con Fuerza de Ley 164 del año 1991, precedentemente citado, el concesionario tendrá una responsabilidad de carácter objetivo, enmarcada en las circunstancias de que los daños por los que se demandan se hayan producido con ocasión de la explotación de la obra concesionada; no exigiéndose por parte del legislador el dolo o culpa para que pueda nacer este tipo de responsabilidad.”²⁴ La sentencia acoge parcialmente la demanda, no da lugar a la indemnización de daño emergente por falta de prueba, reduce el monto solicitado por la demandante como indemnización del daño moral y rechaza la demanda en contra del Fisco de Chile.

²⁴ 20º Juzgado Civil de Santiago, “Canales con Sociedad Ruta 5”, rol C-6.497-2002.

La parte demandante dedujo recurso de casación en la forma y recurso de apelación y la empresa concesionaria dedujo recurso de apelación contra la sentencia dictada por el 20º Juzgado Civil de Santiago. La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de casación en la forma, acoge el recurso de apelación de la parte demandante y confirma que la responsabilidad de la sociedad concesionaria es objetiva. Al efecto señala “TERCERO: Que a la empresa demandada le corresponde una responsabilidad objetiva en los hechos que sirven de fundamento a la demanda, si se tienen en consideración las expresiones utilizadas en las Bases de la Licitación y en el Contrato de Concesión celebrado entre ella y el Fisco de Chile, tales como “el concesionario deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros” o “Todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros será de exclusiva responsabilidad del concesionario”, toda vez que tales declaraciones involucran la voluntad de sustraerse a las normas supletorias del Código Civil, de aplicación general, las que regulan la responsabilidad extracontractual, sin necesidad de declaración expresa de las partes, como sí ocurre en la especie. En efecto, acorde a las disposiciones del Código Civil, que acoge el principio de la responsabilidad subjetiva, todo daño debe ser reparado. En consecuencia, siendo la norma legal imperativa del Código citado, la que indica la obligación de reparar todo daño, y según las normas de la responsabilidad subjetiva, ocurre que al expresarse taxativamente en un contrato el hecho de asumirse responsabilidad por

eventuales daños, tal expresión indica la voluntad de restarse a las normas de la responsabilidad subjetiva y por ende de liberar al acreedor de la obligación de probar la culpa o dolo, ya que de lo contrario sería innecesaria la estipulación, pues a todo evento, según ya se expresó, cualquier daño debe ser indemnizado según los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. [...]”²⁵

Es interesante recalcar la tendencia que presenta la Corte de Apelaciones, en cuanto a argumentar en base a la normativa de responsabilidad civil contractual, no obstante haber señalado con anterioridad que el régimen de responsabilidad aplicable al accidente en vía concesionada es de tipo extracontractual. Lo anterior demuestra la confusión que reina en nuestra jurisprudencia al conocer de este tipo de accidentes. Al efecto señala “Como los contratos deben ejecutarse de buena fe y según dispone el artículo 1546 del Código Civil no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino que además a todas las cosas que emanan, precisamente, de la naturaleza de la obligación, y toda vez que es propio de la obligación de la concesionaria el brindar un servicio eficaz y seguro a los usuarios, resulta lógico concluir que es obligación de la concesionaria instalar no solamente esas barreras, sino que realizar todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento oportuno de la obligación de otorgar seguridad a los usuarios que se sirvan de tal concesión.”²⁶

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, “Canales con Sociedad Ruta 5”, número de ingreso 2.330-2005.

²⁶ Idem.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue acordada con el voto en contra del ministro Carlos Gajardo Galdames, quien fue de la opinión de revocar la sentencia porque la responsabilidad aplicable al accidente no es de carácter objetivo, sino subjetivo. “En efecto, si bien la normativa legal a que alude la sentenciadora dispone que será de exclusiva responsabilidad del concesionario todo daño, de cualquiera naturaleza, que se cause a terceros [...], de ello en modo alguno se puede inferir que, [...] debiera responder por daños sólo por la circunstancia que se produjeron en la vía concesionada, sin consideración a la existencia de cualquier otro hecho. Ni los textos legales ni su correcto entendimiento pueden conducir a esta conclusión.”²⁷

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago es impugnada por la parte demandante por medio de recurso de casación en la forma y por la sociedad concesionaria por medio de recurso de casación en la forma y en el fondo. Todos los recursos interpuestos por las partes son rechazados por sentencia de 28 de enero de 2010. Sin embargo, la Corte Suprema reconoce que la Corte de Apelaciones de Santiago erró al disponer que la responsabilidad extracontractual es de tipo objetiva. Al efecto argumenta lo siguiente: “Vigésimo segundo: Que existe también consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva o estricta en nuestro derecho de daños es de carácter excepcional, esto es, sólo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un

²⁷ Ibidem.

tratamiento particular por sobre el régimen común y general. [...] Vigésimo cuarto: Que es preciso analizar si es efectivo que la normativa legal consagra un régimen de responsabilidad sin culpa tratándose del resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o rutas concesionadas. Según se anticipó, la sentencia atacada fundamenta la responsabilidad de naturaleza objetiva en las expresiones que se utilizaron en las bases de licitación y en el contrato de concesión, lo que resulta errado a la luz de lo que se reflexiona. Por otra parte, tampoco es posible consagrar en la especie el aludido sistema de responsabilidad sustentado en alguna norma legal. En este sentido y para despejar dudas, no puede ser base de la tesis que pretende objetivar esta responsabilidad lo preceptuado en el artículo 35 del D.F.L. 164, que dice: “El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.” Ciertamente esta regla sólo tiene por finalidad identificar como sujeto pasivo de la obligación de indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria en el caso de que se ocasionen daños con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma. Lo razonado se desprende claramente de la atenta lectura del precepto, en el que no aparece que se excluya de la obligación indemnizatoria la exigencia de un juicio de culpabilidad. Por ello, sólo cabe concluir que la naturaleza de la responsabilidad

que asiste a la sociedad demandada es de índole subjetiva y en esta perspectiva constituye un error jurídico fundar una responsabilidad estricta sin base en precepto legal. [...]”²⁸

Esta sentencia de la Corte Suprema, comparada con las anteriores ya analizadas, al menos argumenta por qué el régimen de responsabilidad civil aplicable al accidente ocurrido en una vía concesionada es por culpa y no estricto, contrariando lo dispuesto por la Corte de Apelaciones de Santiago. Sin embargo, en el considerando trigésimo séptimo señala “Que en virtud de los razonamientos expresados, cabe concluir que en el presente caso asiste responsabilidad extracontractual a la sociedad demandada, tal como lo decidieron los jueces del fondo; y que, por lo tanto, pese al yerro jurídico de haber señalado que se trataba de una responsabilidad objetiva, éste no tiene la entidad bastante para alterar lo decidido, como quiera que de la sentencia impugnada se colige que se incumplió un deber de cuidado que era jurídicamente exigible a la empresa concesionaria, que hubo relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido y que se ocasionaron los perjuicios que han sido finalmente determinados.”²⁹ Acá la Corte Suprema comete un grave error; no puede señalar que “se colige que se incumplió un deber de cuidado”³⁰ porque la infracción de un deber de cuidado, falta de diligencia o culpa, debe ser probado por la víctima del hecho ilícito. Esta es la

²⁸ Corte Suprema, “Canales con Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A.”, número de ingreso 6.919-2008.

²⁹ Idem.

³⁰ Ibidem.

gran diferencia entre la responsabilidad por culpa y estricta: la víctima en la responsabilidad estricta no debe probar la conducta culpable del agente del daño, sino debe probar solamente el daño y la relación de causalidad entre la acción u omisión ilícita y los daños. En consecuencia, debe constar en la prueba rendida en autos que la empresa concesionaria actuó de manera negligente y en el caso de que no conste en ella, no es jurídicamente procedente que la parte demandante reciba indemnización alguna en virtud del régimen de responsabilidad civil extracontractual por culpa. La Corte Suprema debió analizar y desarrollar detenidamente la concurrencia de cada requisito de la responsabilidad civil extracontractual en la sentencia, y luego declarar que el error jurídico respecto al régimen de responsabilidad civil aplicable no tiene la entidad suficiente para alterar lo decidido. En otras palabras, la Corte Suprema en el considerando citado parece ignorar la fundamental diferencia entre los requisitos de configuración de la responsabilidad extracontractual estricta y por culpa y se conforma con deducir la culpa de la empresa concesionaria. Una imprecisión como la señalada puede ocasionar que una parte se vea obligada a pagar una suma millonaria a la otra, siendo que no se configuran los requisitos del régimen de responsabilidad civil que se está aplicando.

Es significativo mencionar que en este caso en particular la sociedad concesionaria comete una inconsistencia en su estrategia jurídica. Dicha parte no incluye en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia el agravio que le significa el rechazo de la demanda entablada

contra el Fisco por la parte demandante, sino que recién recurre contra esto ante la Corte Suprema en su recurso de casación en la forma. Contrario a lo que podría pensarse, los recursos de casación interpuestos por ambas partes aluden a puntos no discutidos en su instrumento predecesor (sea demanda, contestación de demanda o recurso). Sin duda, esta libertad se ve favorecida por las muchas aristas que están envueltas en el juicio (sede de responsabilidad, tipo de régimen extracontractual, rol de fiscalización del estado, responsabilidad del estado por falta de servicio, naturaleza jurídica de la tarifa, responsabilidad por hecho de tercero, casos fortuitos, legitimación activa de los accidentados, etc.) y a las que recurren las partes con frecuencia para favorecer su posición. Es difícil encontrar otra área del derecho donde ocurra esta situación, y se debe por lo reciente de la legislación, y porque la práctica litigiosa y jurisprudencial oscilante se ha superpuesto a la claridad en la normativa aplicable.

C) González con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán.

En juicio sobre indemnización de perjuicios seguido ante el 4° Juzgado Civil de Santiago, caratulado “González con Ruta 5 Tramo Talca-Chillán”, rol C-5.148-2006 se acoge la demanda interpuesta que busca la indemnización de los daños ocasionados por el impacto de un vehículo con caballos dentro de la autopista. La sentencia de primera instancia aplica un régimen de

responsabilidad por falta de servicio de la sociedad concesionaria. Para llegar a este régimen de responsabilidad argumenta como sigue: “Ahora bien, dentro del marco de la responsabilidad extracontractual en comento, aparece un tipo de responsabilidad que la doctrina ha denominado “responsabilidad objetiva por falta de servicio”, incorporada al Derecho Público a través del artículo 44 de la Ley de Bases Generales del Estado. [...] El concesionario responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido por delegación, una función pública, en consecuencia para que haya lugar a la responsabilidad es necesario que el demandante acredite la comisión de una falta de servicio, del mismo modo que si la Administración estuviere actuando directamente. La conclusión anterior resulta reafirmada por el mismo artículo 21 del DFL 900 ya citado, al establecer la aplicación del derecho privado únicamente respecto de los derechos y obligaciones que la concesionaria tiene para con terceros, tales como prendas o cesiones del contrato, o los pagos ofrecidos por el Fisco, es decir, aplicable sólo a las obligaciones puramente económicas de la concesionaria.”³¹

La Corte de Apelaciones de Santiago, basándose en una sentencia dictada por la Corte Suprema, argumenta a favor de un régimen de responsabilidad extracontractual de carácter subjetivo, argumentando como sigue: “‘Primero: Que no se colige que corresponda a la sociedad concesionaria una responsabilidad de naturaleza objetiva, derivada de las bases de licitación y del contrato de concesión celebrado entre la sociedad concesionaria y el Fisco

³¹ 4º Juzgado Civil de Santiago, “González con Ruta 5”, rol C-5.148-2006.

de Chile, considerando expresiones tales como que el concesionario debe tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros o que todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, será de exclusiva responsabilidad del concesionario. [...] Tercero: Que tratándose del resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o rutas concesionadas conforme a la aludida doctrina de casación, la naturaleza de la responsabilidad que asiste a la sociedad demandada es de índole subjetiva, siendo determinante también la ausencia de un vínculo jurídico previo entre la víctima directa y dicha sociedad, de modo que ésta es de orden extracontractual, descartándose que se pueda fundar una responsabilidad estricta sin base en precepto legal. Para llegar a esa conclusión, ha sostenido dicho tribunal que no resulta posible sostener el régimen de responsabilidad aplicables en las expresiones que se utilizaron en las bases de licitación y en el contrato de concesión ni en lo preceptuado en el artículo 35 del D.F.L. 164, en cuanto dispone que el concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato, toda vez que esta regla sólo tiene por finalidad identificar como sujeto pasivo de la obligación de indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria, en el caso de que se ocasionen daños con motivo de la

ejecución de la obra o de la explotación de la misma. Agrega el tribunal de casación que lo razonado se desprende claramente de la atenta lectura del precepto, en el que no aparece que se excluya de la obligación indemnizatoria la exigencia de un juicio de culpabilidad. Cuarto: Que en la especie, ha quedado en evidencia la responsabilidad que cabe a la sociedad demandada al no existir constancia en autos de la debida vigilancia y medidas de seguridad adoptadas por ella; y que no guarda relevancia la circunstancia en la que se produce la invasión de los cabalares, teniéndose presente que es propio de la obligación de la concesionaria no solamente instalar barreras, sino que realizar todas las obras necesarias para el cumplimiento oportuno de otorgar seguridad a los usuarios que se sirvan de la concesión y que es su responsabilidad realizar todas las obras, adoptar todas las prevenciones y tomar todos los resguardos que las especiales características del camino o autopista y su entorno requieran, para el normal cumplimiento de su obligación, cual es permitir que los usuarios circulen por tal vía con total seguridad, de modo que se está frente a un presupuesto de la responsabilidad extracontractual fundada en las normas del derecho común, esto es, de la ocurrencia de un hecho ilícito consistente en el incumplimiento de deberes de cuidado, particularmente del deber de seguridad que le era exigible a la demandada y que no es sino afirmar que existiría culpa en la responsabilidad [...]”³²

³² Corte de Apelaciones de Santiago, “González con Ruta 5 Tramo Talca-Chillán”, número de ingreso 3.311-2009.

La Corte de Apelaciones de Santiago argumenta en base a la sentencia dictada por la Corte Suprema analizada en la letra anterior. Por esto, se puede decir que la Corte de Apelaciones fundamenta respecto a cuál es el régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes ocurridos en una vía concesionada –responsabilidad extracontractual por culpa- y analiza la configuración de los requisitos de este régimen de responsabilidad civil.

Contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se dedujo un recurso de casación en el fondo por la sociedad concesionaria, que luego fue desistido por la recurrente porque las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial.

II.2.2. Responsabilidad estricta:

Las sentencias³³ que señalan que el régimen de responsabilidad civil aplicable a los accidentes ocurridos en vías concesionadas es de tipo estricto lo deducen de la LCOP, las bases de licitación y adjudicación del proyecto. Al efecto deducen esto de las expresiones utilizadas en estos cuerpos normativos y reglamentarios, principalmente son: “Artículo 23°.- El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente: 1.- El concesionario deberá conservar

³³ En esta parte también hacemos referencia a los argumentos señalados en la sentencia de primera y segunda instancia dictadas en el juicio “Canales con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán S.A”, analizadas en la sección de responsabilidad civil extracontractual por culpa porque ambos fallos establecen un régimen de responsabilidad estricta. Sin embargo, fueron incorporados a esa sección porque la Corte Suprema determinó que fue un error de la Corte de Apelaciones de Santiago establecer que el régimen de responsabilidad civil es estricto porque a los accidentes ocurridos en vías concesionadas debe aplicarse un régimen de responsabilidad por culpa.

las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y 2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a: a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación,”; el “Artículo 35°.- El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.” El Reglamento de Concesiones también contiene normas de este tipo como el artículo 62 que dice lo siguiente “1.- La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra. 2.- La sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.”

Es importante mencionar una tendencia argumentativa bastante curiosa de nuestros tribunales: para respaldar la postura que a este tipo de accidentes debe aplicarse responsabilidad extracontractual de tipo estricta, algunas veces recurren a argumentos de tipo contractual porque tales declaraciones se encuentran en las bases de licitación y en el contrato de concesión. En consecuencia, deducen de esas normas la voluntad de las partes de sustraerse a las normas generales y supletorias del CC que regulan la responsabilidad extracontractual. Al expresar taxativamente en un contrato el hecho de que una de las partes –la empresa concesionaria- asume la responsabilidad por eventuales daños, se demuestra la voluntad de restarse a las normas de la responsabilidad por culpa que es el régimen general y supletorio establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los presupuestos exigidos en estas sentencias para configurar el régimen de responsabilidad civil estricta, se exige que los daños por los que se demandan se hayan producido con ocasión de la explotación de la obra concesionada y que exista relación de causalidad entre el hecho ilícito y los daños.

A) Concha con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.

El 12º Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-2.695-2003, caratulada “Concha con Sociedad Concesionaria”, rechazó la demanda de indemnización

de perjuicios en todas sus partes. La acción se funda en un accidente vehicular ocurrido el 23 de mayo del año 2002 en la Ruta 68 Santiago – Valparaíso, cuando un caballo entró a la autopista y se cruzó en el camino, produciéndose un choque que causó una serie de daños al vehículo, evaluados en un total de \$14.294.088. La víctima del accidente demandó la responsabilidad extracontractual señalando que la sociedad concesionaria actuó de manera negligente por no mantener las vías seguras y despejadas para el libre tránsito de vehículos. De esta manera, la sociedad concesionaria no tomó las medidas suficientes para evitar la entrada de animales a la ruta. El demandante señala que es aplicable la responsabilidad objetiva, fundado en el artículo 7 letra j de la LCOP, que dispone "la licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendiendo a uno o más de los siguientes factores. Letra j: calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios." Entre estos servicios, el actor indica que se encontrarían las medidas de seguridad vial. A su vez señala que la demandada está sujeta al régimen de responsabilidad objetiva en cuanto al cumplimiento de las medidas de seguridad que deben existir en la vía, sin que pueda eximirse de ella argumentando que no hubo negligencia de su parte.

El juez fundamenta el rechazo de la demanda de la siguiente manera "CUARTO: [...] Dentro de este marco extracontractual, emerge un tipo de responsabilidad que la doctrina ha denominado como "responsabilidad objetiva

por falta de servicio", incorporada al Derecho Público Chileno a través del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. En este marco regulatorio, si bien la responsabilidad objetiva es independiente de la culpa o dolo del agente que la genera, no puede por ello concluirse que quien dice padecer daño a consecuencia de la falta de servicio, está liberado de acreditarlo. Esta responsabilidad debe ser considerada precisamente como la culpa del servicio y, por ende, continúa siendo necesario imputar y probar una falla de la prestación del servicio a que estaba obligada. [...] UNDECIMO: Que sobre el particular, resultan insuficientes para determinar estas funciones o servicio que debía prestar la sociedad concesionaria, lo que disponen los artículos 22 y 23 de la Ley de Concesiones en relación al artículo 35 del mismo texto legal, puesto que en primer término y como se indicó precedentemente, las funciones a las que le son aplicables la normativa de derecho público son las incorporadas al contrato de concesión y, por otra, que la redacción de las disposiciones legales está hecha en términos genéricos sin que sea posible para el sentenciador, amparándose en una interpretación amplia o analógica de las mismas – improcedente en materias de derecho público - definir en forma concreta las normas de seguridad de la vía que cumplieren con el objetivo de suprimir "las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras..." como lo establece la letra a) del número 2.- del artículo 23 precedentemente mencionado."³⁴

³⁴ 12º Juzgado Civil de Santiago, "Concha con Sociedad Concesionaria", rol C-2.695-2003.

La Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 18 de agosto de 2008 revoca la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia argumentando lo siguiente “2°) Que la responsabilidad objetiva de la sociedad demandada puede deducirse del Decreto 900 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas, las bases de licitación y adjudicación del proyecto Ruta 68, de donde resulta que es obligación de la concesionaria instalar no solamente barreras que impidan el acceso a la vía de animales que puedan entorpecer la libre circulación vehicular de los usuarios, sino que además realizar todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento oportuno de las obligaciones de otorgar seguridad a dichos usuarios que se sirvan de tal concesión.”³⁵ La Corte de Apelaciones no fundamenta por qué el régimen de responsabilidad civil aplicable al accidente ocurrido es de tipo estricto, sino solamente menciona que esto se deduce de la LCOP y otros cuerpos normativos. De hecho, se podría señalar que la Corte de Apelaciones solamente nombra la responsabilidad como objetiva, pero luego argumenta en base a la responsabilidad civil contractual e incluso en base a la existencia de una supuesta obligación de seguridad que es muy similar a lo visto en los fallos de carácter extracontractual por culpa. En estos fallos, los tribunales señalan que existe un deber de cuidado que consiste en la seguridad de los usuarios de la vía.

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, “Concha con Sociedad Concesionaria”, número de ingreso 11.965-2004.

La Corte de Apelaciones al argumentar de este modo, parece olvidar que la responsabilidad objetiva es de carácter excepcional y de derecho estricto por lo que no basta con una simple deducción de este régimen. Lo más lamentable es que ni siquiera la deduce de las normas, solamente menciona este régimen de responsabilidad porque su posterior argumentación es propia de la responsabilidad contractual. Este modo de argumentar sería excusable si el juez de letras hubiera acogido la demanda en todas sus partes, determinando que se aplica el régimen de responsabilidad estricta y la Corte de Apelaciones se limitara a confirmar el fallo, pero estamos ante un caso en que revoca totalmente el fallo de primera instancia sin una argumentación apropiada para ello. Hay que recordar que las sentencias de la Corte de Apelaciones también deben cumplir con los requisitos de las sentencias establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás, tampoco hace mención alguna al hecho de que el juez civil determinó que la responsabilidad aplicable al caso es objetiva por falta de servicio, que es diferente a la responsabilidad extracontractual estricta que señala la Corte de Apelaciones.

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago es imprecisa y confusa al señalar en el segundo considerando de la sentencia que la responsabilidad es objetiva porque luego recurre a argumentos típicos de una responsabilidad civil de carácter contractual. Al respecto señala "3°) Que no es aceptable concebir que una empresa que se adjudica la concesión de una ruta de tanto movimiento como es esta que une Santiago con Valparaíso, no adopte,

por mandato contractual y por razones básicas de seguridad; todas aquellas medidas que impidan u obstaculicen la libre circulación vehicular, evitando así que a sus usuarios se les produzcan daños con motivo del uso de tal vía concesionada. La ley del contrato le impone esta obligación a la concesionaria, y el artículo 1546 del Código Civil señala, además, la obligación a las partes de ejecutar los contratos de buena fe, imposición legal que no se cumple de mantenerse la vía en condiciones de producir daños a los que por allí circulan.”³⁶

En conclusión, existe un vacío argumentativo entre ambas sentencias porque la Corte de Apelaciones revoca la sentencia dictada en primera instancia, pero no menciona la razón por la cual no está de acuerdo con que sea aplicable al caso la responsabilidad objetiva por falta de servicio y señala a su vez, que la responsabilidad es objetiva. Además, la argumentación de la sentencia es incoherente entre sus mismos considerandos porque el segundo considerando señala que la responsabilidad es objetiva y luego, en el tercer considerando, el tribunal argumenta en base a la responsabilidad civil contractual.

Este fallo fue impugnado por la sociedad concesionaria por medio de un recurso de casación en el fondo y en la forma. Sin embargo, las partes posteriormente llegaron a un acuerdo extrajudicial, desistiéndose de los recursos presentados y de la demanda, respectivamente.

³⁶ Idem.

B) Varas y otra con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y Fisco.

En juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por un accidente ocurrido en una vía concesionada, los actores fundan su demanda en que el día 4 de abril del 2004 se desplazaban por la Ruta 68, Ruta Santiago-Valparaíso, cuando a la altura del kilómetro 60, fueron agredidos por desconocidos que les arrojaron una piedra, desde un paso nivel que atraviesa la carretera, lo que trajo como resultado los daños materiales del vehículo en cuestión y lesiones sufridas por ambos actores.

La sentencia acoge la demanda, condenando a la sociedad concesionaria y al Fisco a la indemnización de los perjuicios ocasionados a los actores por la piedra que les lanzaron mientras conducían su vehículo por esta vía concesionada. La sentencia dispone "OCTAVO: Que atendido lo razonado en los tres considerandos precedentes, y con el objeto de establecer uno de los puntos medulares de la controversia, y que dice relación con la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico, y de la que se pueda derivar o no la responsabilidad del Estado de Chile y su solidaridad, es importante tener presente que esta se enmarca objetivamente en el instrumento denominado "Reglamento de Servicio de la Obra" Concesión Internacional Interconexión Vial Santiago Valparaíso Viña del Mar, específicamente en su punto 3.2.12., pues como ya fue establecido, la responsabilidad en la ocurrencia del hecho no tiene

como fuente el hecho de un tercero por el cual no responde la demandada sino por la negligencia en adoptar las medidas preventivas de protección de la pasarela ubicada en el sector "La Vinilla" y la tardía reacción a hacerlo, y por no contemplar dentro de sus protocolos de seguridad la ocurrencia de hechos de vandalismo como el sufrido por los demandantes, faltando a su deber de cuidado, que se traduce finalmente en su obligación de otorgar a sus usuarios, quienes pagan un derecho, no sólo por el uso y la rapidez de desplazamiento en la vía o el servicio en ruta ofrecido, sino por la seguridad del trayecto, obligación incumplida y por la que debe responder ésta demandada, sin poder excusarse en la falta de culpa, y en no concurrir los presupuestos de responsabilidad que alegaba, [...]”³⁷. La cita anterior demuestra que el tribunal de primera instancia acoge una argumentación basada en la responsabilidad extracontractual por culpa, a pesar de no señalar expresamente que esta es su postura. Esto se puede deducir de la idea general expuesta en el considerando citado y en particular, de los conceptos utilizados como negligencia, deber de cuidado, entre otros. Lo llamativo de esta sentencia es que el tribunal precisa un nuevo elemento para configurar el estándar de diligencia exigido a la empresa concesionaria, que no hemos visto en los fallos analizados hasta el momento: no prever ni contemplar protocolos de seguridad contra el vandalismo.³⁸

³⁷ 27º Juzgado Civil de Santiago, “Varas con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y otro”, rol C-10.375-2004.

³⁸ A propósito de los actos vandálicos productores de accidentes en vías concesionadas, recordamos el caso Herraz con Autopista del Sol, anteriormente analizado en relación a la responsabilidad extracontractual por culpa, en el cual, no obstante la similitud fáctica con el caso analizado en este

La empresa concesionaria y el Fisco de Chile recurren en contra de la sentencia dictada en primera instancia. La Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia apelada en cuanto acoge la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral interpuesta en contra del Fisco de Chile. En su lugar, declara rechazada dicha acción y confirma en lo demás apelado la antedicha sentencia, reduciendo los montos por daño moral a los que se había condenado a la sociedad concesionaria. La importancia de esta sentencia es que demuestra claramente la grave confusión que existe en nuestros tribunales en esta materia, pues señala que el régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes en vías concesionadas es de carácter estricto, pero acompaña esta afirmación de una argumentación en base a la responsabilidad por culpa. En efecto, la sentencia dispone lo siguiente “**11°.-** Que distinto es el caso de la demandada Concesionaria Rutas del Pacífico, respecto de la cual su responsabilidad objetiva emana no sólo del Reglamento de Servicio de Obra, indicado en el basamento octavo del fallo recurrido, sino que en la propia Ley de Concesiones y su Reglamento, particularmente los artículos 35 y 62 N° 2, respectivamente, ya citados en esta sentencia. De estos cuerpos normativos, así como de las Bases de Licitación resulta clara la obligación asumida por la Concesionaria de realizar todas las obras necesarias y adoptar todas las medidas para evitar daños a terceros, en término de brindar a los usuarios los estándares prudentes y convenientes de seguridad. **12°.-** Que la necesidad,

numeral, las exigencias de diligencia impuestas hacia el demandado por la Corte de Apelaciones son dispares.

conveniente y prudente adopción de medidas de seguridad por parte de la Concesionaria van sin duda alguna más allá de las mínimas contenidas en las bases de licitación, apreciándose como tales todas aquellas previsibles para evitar un resultado dañoso, como en el hecho -pero ex post- efectuó la Concesionaria demandada; necesarias y prudentes además si se consideran los eventos análogos o de la misma clase del actual que, como ha sido de público conocimiento, se han venido verificado a lo largo de esta carretera concesionada, por lo que un nuevo acontecimiento resultaba previsible y evitable. **13°.-** Que desde otra perspectiva, igualmente se llega a formular reproche a la demandada Concesionaria Rutas del Pacífico, ya que a su respecto concurren todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual...”³⁹ Como se puede apreciar claramente, los conceptos utilizados por la Corte de Apelaciones de Santiago corresponden a un estándar de responsabilidad por culpa porque compara la conducta de la concesionaria con un modelo prudente e incluso menciona que concurren todos los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, cuestión que no viene al caso porque ya había señalado que la responsabilidad es objetiva.

Hasta el momento no hemos analizado la importancia y presencia del fisco en los litigios y sentencias aludidas. Más de alguna vez, el demandante dirige una pretensión no solo hacia la empresa concesionaria, sino que involucra al estado como responsable solidario, pues, supuestamente, caería en

³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, “Varas con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y otro”, número de ingreso 6.523-2009.

falta de servicio al no fiscalizar adecuadamente el estado de las vías entregadas en concesión. El fallo que estamos analizando pone de manifiesto que el vaivén jurisprudencial también alcanza el punto de la legitimación pasiva del fisco. En primera instancia, el tribunal determinó que existe la responsabilidad del fisco pues se trata de una obra pública, y este no cumplió con su deber de vigilancia y cuidado. Por el contrario, en segunda instancia, la Corte de Apelaciones acoge la excepción de falta de legitimación pasiva del fisco porque es de la opinión que es el concesionario quien responde por los daños ocasionados en la ejecución o explotación de la obra. No es menor esta discrepancia, ya que para la víctima implica el origen de una obligación solidaria y los efectos propios de estas.

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago fue impugnada por un recurso de casación en el fondo y en la forma, interpuestos por la sociedad concesionaria. La empresa se desistió de estos recursos porque llegó a un acuerdo extrajudicial con la parte demandante, que también se desistió de su acción.

Antes de entrar de fondo en el análisis de las sentencias, ya era posible determinar la falta de homogeneidad en la jurisprudencia de nuestros tribunales porque algunos fallos señalan que el régimen aplicable a los accidentes en vías

concesionadas es responsabilidad contractual, otros señalan que es responsabilidad extracontractual por culpa y otros estricta. Incluso algunos señalan otras posiciones minoritarias como responsabilidad objetiva por falta de servicio. Luego del análisis de las distintas sentencias dictadas por nuestros tribunales en esta materia, se puede concluir que existe gran confusión e imprecisión al respecto. La tendencia más común de los tribunales es establecer que el régimen de responsabilidad civil es uno en particular sin fundamentar esto. Incluso en algunos casos, pareciera que los tribunales señalan que el régimen de responsabilidad civil aplicable al accidente es aquel solicitado en la demanda por el actor, sin presentar duda alguna al respecto. Otros fallos cometen errores graves como señalar que el régimen de responsabilidad civil aplicable al accidente es uno en particular, pero luego su posterior argumentación corresponde a otro régimen de responsabilidad civil. Estos problemas hacen necesario un análisis como el que se realizará en el capítulo siguiente; que determine cuál régimen de responsabilidad civil es el más eficiente según los principios del AED y los fines de la responsabilidad. De este modo, estaremos en la posición de proponer una solución que termine con el problema de la variada e imprecisa jurisprudencia en esta materia que afecta el principio de la seguridad jurídica, situación no menor considerando que está en juego la indemnización de daños por cifras millonarias y, en especial, la reparación de bienes jurídicos como vida e integridad física y síquica de las víctimas y sus familiares. A eso nos abocaremos en el siguiente capítulo.

**CAPÍTULO III - EVALUACIÓN CRÍTICA DE LAS POSICIONES
JURISPRUDENCIALES Y PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN.**

**III.1 - ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LAS
POSICIONES JURISPRUDENCIALES.**

Ya mencionamos en la introducción de este trabajo la necesidad de replantear los términos en que se está discutiendo hoy en día el tema de la responsabilidad civil en esta área. Nuestra herramienta en este subcapítulo para efectuar dicha renovación será la utilización del AED. Concretamente, nos haremos valer de ciertos conceptos propios de este análisis: oferta, demanda, eficiencia, maximización, equilibrio, óptimo, riesgos, incentivos, costos de precaución, costos de accidente, costos de administración. El objetivo es pronosticar qué tan efectivo puede resultar la aplicación de cada uno de los regímenes posibles establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, para finalmente adoptar una posición en cuanto a ellos.

Previamente a iniciar ese análisis de cada régimen, es necesario rellenar con contenido específico los conceptos económicos arriba mencionados. Los manuales de AED de los que nos hacemos valer para desarrollar este trabajo, abarcan ciertos temas del derecho privado, pero solo a nivel general, nunca

aplicándolos a un área particular del derecho de daños⁴⁰. Nuestro objeto de estudio ya está delineado (responsabilidad civil en accidentes en vías concesionadas) por lo que ahora procederemos a definir quiénes son los oferentes de los servicios de concesión, quiénes son los usuarios de las vías, qué precauciones deben/pueden tomar ambas partes para prevenir los accidentes, las probabilidades de que ocurran esos accidentes y los accidentes más frecuentes. Los conceptos de víctima y victimario, precaución, probabilidad del daño y daño, son centrales en todo AED que se pretenda aplicar a la responsabilidad civil. Estos conceptos aparecen con frecuencia en el texto de los profesores Robert Cooter y Thomas Ulen a propósito de la teoría económica de los ilícitos culposos. Allí se explica qué quieren decir esos conceptos y las utilidades que se les puede asignar para encontrar la eficiencia al momento de regular el régimen de responsabilidad.

En esta parte del trabajo solo trataremos los conceptos de víctima y victimario, precaución, probabilidad del daño y daño, puesto que ellos son comunes a cualquier tipo de régimen de responsabilidad que finalmente se escoja como óptimo. Resulta acertado explicar el alcance de estos conceptos en esta parte del trabajo, puesto que ellos serán de próxima utilización, sin alteraciones en sus contenidos, para el análisis de los regímenes posibles en particular. Concretamente, haremos uso de estos elementos cuando tengamos

⁴⁰ Este es el caso de dos de los textos de los cuales nos haremos valer en esta parte del trabajo, cuales son el de Robert Cooter y Thomas Ulen, por un lado, y el de Richard Posner, por otro. Ambos individualizados en la bibliografía de esta tesis.

que juzgar la eficiencia del régimen de responsabilidad contractual versus régimen de responsabilidad extracontractual en sus dos variantes. Mas, en ese entonces tendremos que abordar el manejo de otros dos conceptos: eficiencia e incentivos, que en esta parte introductoria no prestan utilidad ya que requieren de un juicio argumentativo que los funde y dé sentido, y que desarrollaremos más adelante.

Hechas estas aclaraciones, pasemos a darle sustancia a los conceptos claves aludidos:

Víctima o Acreedor:

Este individuo de la relación jurídica es el receptor del daño o accidente.

Lo llamaremos acreedor cuando nos situemos en sede de responsabilidad contractual, puesto que tiene el derecho de que se cumpla íntegramente la obligación para que se obligó el deudor. Específicamente, el acreedor-usuario del servicio, tenía el derecho a que se le prestase una vía automovilística de calidad suficiente, y a gozar de una seguridad que, sumada a la precaución del usuario, impediría casi cualquier tipo de accidente (ver deberes legales del concesionario Cap. VI y Cap. VII de la LCOP). Sin embargo, ocurre un accidente que trae como consecuencia que el acreedor vea insatisfecha la pretensión que tuvo al contratar con el concesionario.

Lo llamaremos víctima cuando nos situemos en sede de responsabilidad extracontractual, puesto que no había relación jurídica entre las partes

ocurriéndole el daño a X por mero azar. Acá no hay obligación contractual previa, por lo que no corresponde hablar de derechos y obligaciones preexistentes a la ocurrencia del hecho. El individuo sufre el accidente de manos de un tercero con quien no tenía obligación o acreencia alguna.

Victimario o Deudor:

Este individuo de la relación jurídica es quien causó el daño. En esta sede de responsabilidad, el causante o victimario es la empresa concesionaria. La terminología de “victimario” puede parecer excesivamente condenatoria para la concesionaria, pero la acogemos para efectos de ser coherentes con el lenguaje del AED. En términos factuales, el victimario directo probablemente no sea la concesionaria de la vía, sino un tercero que nada tenga que ver con la relación en estudio (a saber: concesionario - usuario accidentado). Diversas son las hipótesis que podemos imaginar en que la persona (natural o jurídica) concesionaria no coincide con el victimario directo⁴¹. Por lo pronto, podemos nombrar los casos de intromisión de animales de propiedad privada en la vía, o lanzamientos de piedra a los automóviles que por ella transitan. En el primero, el victimario directo es el dueño de los animales que permitió que estos se introdujesen en un territorio ajeno y riesgoso. En el segundo caso, el victimario directo es quien realizó los lanzamientos.

⁴¹ Esto lo trataremos unas páginas más adelante en el acápite “Accidente y Daños”.

Siendo todo esto correcto, a nosotros nos interesa estudiar la figura de la empresa concesionaria como victimaria, puesto que en los dos accidentes mencionados (entre tantos otros) es posible identificar un grado de responsabilidad de la empresa concesionaria, lo que nos faculta para calificarla como victimaria indirecta. Esto cobra sentido por dos cosas: i) la excesiva dificultad que implica para la víctima perseguir al victimario directo (no todos los animales portan algún distintivo de pertenencia, ni los lanzadores de piedra se quedan esperando a ser capturados por la policía); y ii) la obligación del concesionario de prestar un servicio seguro. Así lo ha entendido siempre el legislador y la jurisprudencia.

Ahora bien, esta calificación de “victimaria indirecta” puede sostenerse lógicamente, pero jurídicamente puede presentar ciertas complejidades. En efecto, los accidentes descritos no pueden recaer dentro de estatuto de responsabilidad por el hecho ajeno, presente en la teoría de la responsabilidad extracontractual (los artículos 2.320 y artículo 2.322 del CC suponen una relación de subordinación entre el autor directo del daño y el tercero responsable). La LCOP no establece deber de garantía alguno por parte del concesionario hacia los terceros. Lo más cercano a ello es su artículo 23 cuando menciona “2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a: a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas

que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación [...]”. Las bases de licitación y reglamentos de servicio que hemos revisado, tampoco aluden a ningún deber de garantía que coincida con el carácter de “victimario indirecto”, sino que repiten o precisan lo ya mencionado en la LCOP (“obligación de velar por la seguridad de los usuarios”⁴² y “conservación de las obras”⁴³, son títulos que se repiten en las bases y reglamentos).

En conclusión, nos resulta imposible establecer una norma o fuente jurídica precisa que funde esta idea de garantía frente al actuar de terceros. Pero, simultáneamente, creemos que lo dispuesto genéricamente en el artículo 23 de la LCOP, y la reiteración de esa idea en bases y reglamentos, es suficiente para explicar y acoger la figura del victimario indirecto.

Pasemos ahora a definir la denominación del sujeto en cada una de las sedes de responsabilidad posibles:

Lo llamaremos deudor cuando nos situemos en sede de responsabilidad contractual, puesto que es quien se obligó. Su deber consistía en otorgar el servicio vial a los usuarios automovilistas que por esa vía viajasen, otorgando seguridades para ellos, y manteniendo en buen estado el mobiliario e inmobiliario. Su infracción se manifestaría en no otorgar un servicio seguro,

⁴² Por ejemplo, las Bases de Licitación de la Concesión Internacional Sistema Oriente-Poniente, publicadas por el Ministerio de Obras Públicas en Julio de 1999, pág. 64.

⁴³ Por ejemplo, el Reglamento de Servicio de Obra de la Autopista Costanera Norte, pág. 30.

puesto que de lo contrario se presume que el accidente no hubiese ocurrido (ver deberes legales del concesionario Cap. VI y Cap. VII de la LCOP).

Lo llamaremos victimario cuando el agente prestador del servicio incurrió en algún hecho que produjo la comisión del accidente. Aquí no hay vínculo obligacional previo, y los daños se producen porque el prestador de servicio concesionado no cumplió con el estándar de debido cuidado o porque la ley le atribuye la responsabilidad. La concurrencia de negligencia en su actuar, es solo relevante en la sede de responsabilidad por culpa, mas no en la de responsabilidad estricta. En definitiva, por victimario nos referiremos a la empresa concesionaria en cuyo servicio ocurrió el accidente.

Precaución o Deber de Cuidado:

Las precauciones que pueden tomar ambas partes de la relación jurídica, son casi las mismas en sede de responsabilidad contractual que en sede extracontractual. Sin embargo, por medio de un eventual contrato entre las partes se podrían establecer niveles de culpa particulares y mejor definidos. Sin embargo, contractualmente hablando, el deber de cuidado viene a ser el propio de un contrato conmutativo (“[...] cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez [...]”⁴⁴) en el que se aplica el estándar de culpa leve según el artículo 1.547 del CC (“beneficio recíproco”). Por otro lado, en sede extracontractual, la

⁴⁴ Artículo 1.441 CC.

víctima se expone voluntariamente al riesgo inherente que implica la conducción de un automóvil, mientras que el concesionario tiene que establecer estándares de seguridad adecuados para que la ocurrencia de accidentes se reduzca al mínimo.

Concretizando el rol del victimario en cuanto a la precaución, este debe:

- Mantener el pavimento sobre el cual los autos circulan en buen estado, evitando que los conductores pierdan el control por pinchazos, resbalones, quites, etc.
- Mantener iluminadas las vías para ocasiones de poca luminosidad y nocturnas.
- Establecer cruces peatonales ad-hoc en los sitios que sean procedentes y que estos intervengan lo menos posible en el tránsito vehicular (bajo suelo, pasarela con protección, etc.).
- Fijar dentro de los caminos medios de comunicación de emergencia, tales como botones S.O.S., teléfonos, otros, para solicitar distintos tipo de ayuda.
- Levantar perímetros de concreto, madera, plástico, o cualquier otro material que sirva de frontera entre el terreno perteneciente a la concesión y los terrenos que con él colindan. De esta manera, se previene la intromisión de personas imprudentes, otros autos, animales, cuya presencia puede producir un accidente con usuario del camino.

Recopilando información respecto a este punto, nos encontramos con una fiscalización llevada a cabo por la Contraloría General de la República,

donde detecta deficiencias de seguridad en ocho rutas concesionadas. Esta información quedó registrada en un documento, emitido el 3 de febrero del 2012 por la Subdivisión de Auditoría de la División de Infraestructura y Regulación, denominado: “Informe final N° 23, de 2011, sobre la auditoria de obras concesionadas en etapa de construcción y la seguridad vial de autopistas en explotación, en la Coordinación de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas”. Los principales defectos fueron “Pavimentos agrietados, zonas de derrumbe, deficiente mantención de las calles de servicio, ausencia de señalización vial, falta de reposición de las tachas reflectantes, problemas en cierres perimetrales y en defensas camineras, y falta de limpieza son algunos de los problemas expuestos por el organismo fiscalizador”⁴⁵. Luego de ello, un medio de comunicación solicitó respuesta a las empresas concesionarias, siendo solo una la que respondió en los siguientes términos: “[...] los daños en el pavimento en la cuesta Las Chilcas se ejecutaron según la oferta técnica y que, en estos momentos, está en marcha el proceso de contratación y financiamiento para iniciar las obras de reconstrucción aprobadas en 2008. Sobre el estado de los cercos y el paso de animales, informó que se hacen reparaciones constantes, aunque la mantención corresponde a los dueños de los predios, que anualmente rehabilitan 8 mil metros lineales de medianas dañadas, y que los escombros y basura son arrojados por personas que

⁴⁵Automovilistas Unidos de Chile. Contraloría detecta serias deficiencias de seguridad en ocho rutas concesionadas [en línea]. [Fecha de consulta: 3 de septiembre del 2012]. Disponible en: <http://www.auch.cl/noticias/223-contraloria-detecta-serias-deficiencias-de-seguridad-en-ocho-rutas-concesionadas.html>

contravienen la ley, debido a que saben que van a ser retirados por la empresa. En cuanto a la comunicación vía celulares, sostuvo que el contrato no los obliga a otro sistema, y que continuarán con el mismo "porque ha demostrado ser eficiente"⁴⁶. Esta situación descrita nos puede servir para ilustrar cuál es el nivel de conocimiento con que cuentan los órganos públicos, los defectos más frecuentes en las vías, y la forma en que abordan estos defectos las empresas concesionarias.

Concretizando el rol de la víctima en cuanto a la precaución, esta debe:

- Cumplir con los deberes de cuidado propios de todo automovilista, la mayoría de ellos fijados en la Ley de Tránsito.
- Pagar de manera oportuna el servicio vial que se le está prestando, para evitar posibles embotellamientos o fiscalizaciones que puedan dificultar el tránsito de los demás usuarios.

Probabilidad del daño:

Este tópico es más difícil de establecer. Solamente podemos establecer proyecciones en bases a estadísticas ya calculadas. Contamos con datos de cantidad de accidentes, y lugares en que ocurren, pero bien sabemos que no hay seguridad que esas frecuencias de accidentes se repitan en el futuro. Sin embargo, el derecho de daños ya está acostumbrado a este tipo de situaciones,

⁴⁶ Idem.

y mucho se ha hablado sobre la probabilidad y posibilidad de los daños⁴⁷ en materia de responsabilidad civil.

Asumida la necesidad de echar un vistazo al pasado para enfrentarnos a las eventualidades futuras, procede definir cuáles son los datos con los que contamos en lo que respecta a los accidentes en vías concesionadas en nuestro país. Nuestras búsquedas obtuvieron dos resultados bastante valiosos:

- En julio del año 2012, Carabineros de Chile envió a los autores una estadística⁴⁸ con la cantidad de accidentes en vías concesionadas de las cuales ellos toman conocimiento (vía constancia o denuncia). Esa estadística contiene los accidentes ocurridos en vías concesionadas interurbanas durante el año 2011. La cantidad de accidentes registrados ocurridos en esas vías durante ese año fue de 2.509.

- La Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (CONASET) emite todos los años un informe público sobre los accidentes ocurridos en las regiones del país⁴⁹. Analizamos el informe de la Región Metropolitana del año 2011, y en él se lee que a lo largo de ese año ocurrieron 23.520 accidentes de tránsito. Sin embargo, este número no distingue entre accidentes en vías concesionadas o públicas, añadiéndolas todas en la cantidad antedicha. El informe nos detalla la cantidad y tipo de accidente ocurrido en cada una de las

⁴⁷ Un texto muy citado en la enseñanza universitaria del derecho, y que no por antiguo pierde vigencia, relacionado con la definición de los conceptos de posibilidad y previsibilidad del daño, es el del profesor Sergio Gatica titulado "Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual".

⁴⁸ La solicitud de información fue hecha en base a la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, y se adjunta la parte pertinente de dicha información en el Anexo N°1 de este trabajo.

⁴⁹ Diagnóstico de accidentes de tránsito en la Región Metropolitana – Año 2011. Se adjunta la parte pertinente de dicha información en el Anexo N°2 de este trabajo

rutas de la Región Metropolitana. En vías concesionadas ocurrieron más de 900 accidentes⁵⁰. El resto ocurre en carretas públicas o vías públicas al interior de las ciudades.

Volviéndonos a enlazar con el tema de la probabilidad del daño, podríamos enunciar que es muy probable que, si las condiciones viales se mantienen el año 2012, ocurran alrededor de 2.509 constancias o denuncias por accidentes en vías concesionadas interurbanas (información de Carabineros).

Accidente y Daños:

Son los efectos que se producen en el patrimonio y en la moralidad de la víctima. El accidente es el hecho que acarrea la producción de daños. Muchos son los accidentes que ocurren en las vías concesionadas. Sin embargo, la mayoría de ellos se produce por un hecho de tercero, ajeno a la relación concesionaria-víctima. Ese tercero suele ser otro conductor que, por su imprudencia⁵¹ o dolo, provoca un choque o una reacción sorpresiva en la víctima. Esto trae como consecuencia un impacto físico del auto con otro auto o con alguna infraestructura vial o fuerina, y el menoscabo en el mismo. Quizás, también se producirá menoscabo en la existencia física de quienes viajan en el interior del vehículo, dependiendo del grado y tipo de colisión. La hipótesis de

⁵⁰ Diagnóstico de accidentes de tránsito en la Región Metropolitana – Año 2011. pág. 17.

⁵¹ Para definir un actuar imprudente al volante, basta leer la Ley de Tránsito (N° 18.690), especialmente su Título XV denominado “De la Responsabilidad por accidentes”

accidente recién descrita no es la que nos interesa en este trabajo. No nos incumbe por dos razones: 1) el victimario directo⁵² es de fácil determinación y, por ende, asignación de responsabilidad; 2) la empresa concesionaria tiene una sola forma de prevenir esos accidentes: impedir que los autos que transitan por la vía puedan tener contacto físico, lo cual es del todo inviable. Es este segundo motivo el que nos motiva a excluir los accidentes entre conductor-conductor como objeto de este trabajo. Hablando en términos prácticos y prescindiendo de cualquier normativa, es inimaginable responsabilizar a la empresa concesionaria por los daños que puedan sufrir los usuarios al chocar entre sí cuando al menos uno de ellos fue culpable del accidente.

A propósito de esta distinción de accidentes, es necesario explicar por qué estos choques automovilísticos no pueden generar en el concesionario la figura del “victimario indirecto”, a diferencia de los accidentes tratados en unas páginas atrás donde se veía involucrada la figura de un tercero ajeno a la relación concesionario-usuario (ejemplo: intromisión de animales en la vía). Creemos que acá no es posible incluir la figura del concesionario como victimario indirecto, por dos motivos: 1) no existe la dificultad/imposibilidad en la determinación del autor del daño; y, 2) estos accidentes conductor-conductor escapan a cualquier posibilidad de previsión y resguardo que esté obligada a ejercer la empresa en virtud de contratos, reglamentos de servicio y bases de licitación. Acá hay envuelta una decisión de carácter lógico.

⁵² Recordemos la distinción entre victimario directo e indirecto hecho en el acápite “Victimario o Deudor” hace tres páginas atrás.

Estamos tratando de explicar por qué la concesionaria no debe responder por el accidente cuando uno de los conductores se encontraba en alguna de las siguientes situaciones ejemplificativas: estaba borracho, o era ciego, o no tenía licencia de conducir, o excedía considerablemente el límite de velocidad, o manejaba de noche con las luces apagadas. No cabe duda que estamos hablando de accidentes en vías (que pueden o no ser concesionadas), pero la relación jurídica que se forma al acaecer esos accidentes prescinde de la figura del concesionario, pasando a ser solo de los conductores de los vehículos involucrados. Esto lo ha acogido la práctica legal y judicial por un ejercicio lógico, y no por argumento jurídico alguno.

Hecha esta exclusión, pasemos a establecer qué accidentes son los que sí nos importan para efectos de este estudio⁵³.

- Choques de automóviles que circulan por la vía contra peatones, ciclistas o animales que se introdujeron a la infraestructura vial;
- Los que se producen por mal estado del pavimento, de la luminaria, o señalización defectuosa;
- Los que se producen por la caída al pavimento de algún objeto extraño a la infraestructura vial, como pueden ser ramas, piedras, tierra, arena, agua, etc.;

⁵³ En los siguientes trabajos se enuncian con detalle las hipótesis más frecuentes de accidentes: ALIAGA Araos, Osvaldo y Venegas Salazar, Sebastián. De la responsabilidad en vías concesionadas por daños causados a particulares. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2011. p. 61 y ss.; DIEZ Schwerter, José Luis. La responsabilidad civil del concesionario en obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVIII (1° Semestre):121-156. 2012.

- Los que se producen por un actuar culposo o doloso de sujetos ajenos a la relación concesionario-usuario-Estado, como son los lanzamientos de objetos a los automóviles en tránsito;
- Los que se producen por elementos que impiden un adecuado campo visual, como puede ser publicidades gráficas, humo, etc.

III.1.1. Posibilidad de régimen de responsabilidad civil contractual:

Hasta este punto del trabajo ya hemos analizado cuáles son los regímenes de responsabilidad posibles (Capítulo I) y también nos hemos armado de un grupo de conceptos útiles propios del AED (Subcapítulo III.1). Ahora haremos aplicación de esos conceptos en los regímenes, pues trataremos de definir cuál es la opción más eficiente en términos del AED.

La responsabilidad civil contractual nos genera una relación jurídica bilateral entre acreedores y deudores. El contrato de prestación de servicios celebrado entre el usuario automovilista y la empresa concesionaria otorga derechos y deberes para ambos. Ahora, las cláusulas del contrato pueden repartir los riesgos de accidentes de tres formas: cargo del usuario, cargo de la concesionaria, y sin asignación de responsabilidad.

i) Cargo del usuario: En este caso, no se genera obligación ni derecho alguno respecto de la seguridad que debe contar la vía para ser usada por los automovilistas. Los incentivos para prevenir recaen exclusivamente en el

usuario. La concesionaria se limita a otorgar un servicio en condiciones suficientes para que sea usado, pero carece de incentivos para establecer medidas de seguridad, puesto que, por nivel contractual, el riesgo de esos accidentes es de los usuarios. Esta situación acarrea el evidente problema de inseguridad de tránsito y mala calidad del servicio. El mercado del servicio de vías automovilísticas es estático, puesto que la oferta es acotada. La competitividad tiene lugar al asignarse la concesión (acto estatal), perdiéndose la posibilidad de que exista con posterioridad un mercado competitivo en que los oferentes se vean en la necesidad de seducir a la demanda. Entonces, una vez asignada la concesión a una empresa, prácticamente se acaba la competencia para ella, puesto que no habrán caminos análogos que sirvan de reemplazo a la vía concesionada. El Estado ya expropió y concesionó para que se originase esa vía, y no tiene sentido, desde el punto de vista de las políticas públicas, volver a hacerlo en otro camino con los mismos destinos. Esta ausencia de competencia, sumada a la indiferencia de los accidentes viales sufridos por los usuarios, son antecedentes que nos hacen presumir una baja calidad de servicio en esta situación contractual.

La forma de revertir eso, sería establecer un estándar normativo (por reglamento o ley) de exigencia alto para los concesionarios, es decir, definir con precisión el estado y las condiciones de prestación de servicio además de establecer sanciones que sirvan de prevención general.

En el sentido judicial (costo de transacción) esta opción es muy conveniente para el concesionario, pues se disminuirían casi a niveles inexistentes los litigios con usuarios. Todos los ingresos que perciba por su actividad (tarifas a los usuarios) irán directamente al fondo de la empresa, constituyendo un beneficio marginal, y pudiendo ser invertido (ya mencionamos que la inversión en seguridad no presenta incentivos económicos para la empresa), ahorrado, capitalizado, etc. El usuario, frente a un accidente de los que estamos estudiando, tendría que correr con los gastos de reparación⁵⁴, sin posibilidad alguna de buscar reembolso o compensación en la empresa.

Por último, mencionaremos⁵⁵ que una cláusula de este contenido es ilegal en Chile. El artículo 16 letra e) de la Ley 19.496 (Ley de Protección al Consumidor) prohíbe que se incluya en los contratos de adhesión. El contrato de prestación de servicios que nos convoca es un típico contrato de adhesión⁵⁶ de tipo consensual, lo que nos fuerza a concluir que esta cláusula actualmente es ilegal.

COSTOS:

- Costos de prevención y de accidente son de cargo del usuario.

BENEFICIOS:

⁵⁴ En esta hipótesis juega un rol importante los seguros de accidentes.

⁵⁵ Nos limitamos a mencionar la ilegalidad de la norma sólo después de haber analizado los efectos económicos de su existencia. Se sigue este orden porque el AED puede prescindir de elementos puramente normativos, como el contenido de una ley, para formular una solución más eficiente.

⁵⁶ Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Ministerio de Economía, Santiago, Chile, marzo 1997. "Artículo 1. N°6.- Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido."

- Ausencia de costos de adjudicación (judiciales).

- Certeza jurídica.

ii) Cargo de la concesionaria: Entre todos los derechos que pueden generarse al contratar, el que reviste el mayor interés público es el que tiene el usuario a gozar de un adecuado estándar de seguridad mientras utiliza la vía concesionada. Si se define en el contrato que el riesgo de los accidentes es cargo del concesionario la obligación se define claramente, y recae únicamente en la empresa concesionaria. Lo anterior nos hace concluir forzosamente que los incentivos de prevención de accidentes existen solo en ella. Parte de la ganancia que obtenga la empresa por ofrecer los servicios irá destinado, inevitablemente, a mantener en buen estado las vías, evitando de esta manera accidentes que puedan ocurrir al interior de ella, y de los cuales la empresa deberá responder por asignación de responsabilidad en la cláusula.

Esta situación, al igual que el punto anterior, es un atractivo nicho para las empresas aseguradoras, puesto que podrían encontrar en las empresas concesionarias unos muy convenientes clientes. De todas formas, la única manera de eximirse de la obligación de compensar los daños, sería acreditando un caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1.547 del CC).

Acá no hay incentivos económicos para que el deudor se esfuerce en prevenir la ocurrencia de accidentes -con excepción de los costos de transacción-, puesto que la obligación recae exclusivamente en el concesionario. No obstante, acá está en juego el bien jurídico de la integridad

física del mismo deudor y quienes él transporta, siendo la protección de ese interés un incentivo no económico pero insoslayable.

COSTOS:

- Costos de prevención y de accidente son de cargo de la empresa concesionaria.

BENEFICIOS:

- Ausencia de costos de adjudicación (judiciales).

- Certeza jurídica.

iii) Sin asignación de responsabilidad: Aquí los incentivos son para ambos, puesto que, si las partes no son capaces de llegar a acuerdo, solo los tribunales podrán establecer quién corre con las reparaciones del accidente. En esta hipótesis, los costos de transacción se elevan notablemente. Los profesores Cooter y Ulen llaman a esta situación una "laguna deliberada"⁵⁷. Inmediatamente después establecen una fórmula algebraica para determinar si la laguna resulta eficiente económicamente, o más bien convendría repartir los riesgos con certeza en el contrato mismo. La fórmula es la siguiente:

⁵⁷ COOTER, Robert. y Ulen, Thomas. Derecho y Economía. 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 256: "Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él. (...) Las lagunas también pueden ser deliberadas. Por ejemplo, es posible que un contrato no diga nada acerca de la posibilidad de una huelga ilegal impida que el fabricante produzca los bienes prometidos. Es posible que las partes dejen esta laguna en el contrato deliberadamente porque creen que la posibilidad de una huelga ilegal es remota. Los riesgos remotos no justifican el costo de negociar y redactar los términos de asignación."

⁵⁸ <i>Maximización de los costos de transacción de los contratos</i>
Costo de asignación de un riesgo > costo de asignación de una pérdida X probabilidad de una pérdida → dejar la laguna
Costo de asignación de un riesgo < costo de asignación de una pérdida X probabilidad de una pérdida → llenar la laguna

El ítem referido a la probabilidad de una pérdida es reemplazable, en este caso, por el ítem de probabilidad del daño, del cual ya hablamos al comienzo de este capítulo. En él vislumbramos una cantidad de 2.509 constancias de la policía de accidentes por año en vías concesionadas. Tal probabilidad, lejos de ser remota, aumenta inmensamente un lado de la inequación (el cual se multiplica con el costo de asignación de una pérdida).

El otro elemento de la inequación se refiere al costo de asignación de una pérdida (o accidente). En nuestro sistema, esa asignación de pérdida o costo de accidente lo hacen los tribunales de justicia, siempre que las partes (concesionaria y usuario) no hayan llegado a un acuerdo extrajudicial. Ya en sede judicial -que se asoma como la más frecuente- los autores señalan las posibilidades que tiene el tribunal para resolver un conflicto, en el cual existe una laguna contractual. Dicen que el juez puede “[...] actuar como si las partes hubiesen negociado un término que en efecto no negociaron. [...] Alternativamente, los tribunales podrían hacer cumplir sólo los términos

⁵⁸ Idem. pág. 257.

explícitos del contrato.”⁵⁹. La decisión entre esas dos opciones dependerá de cuál resulta ser la más eficiente. De esta manera, la laguna contractual puede convertirse en una omisión eficiente o en una omisión ineficiente, dependiendo de los resultados que puede traer entre las partes en el periodo de cumplimiento (o incumplimiento). Apliquemos la laguna al caso de los accidentes en vías concesionadas: el tribunal tendría que vislumbrar la voluntad que hubiesen tenido las partes respecto de quién cargaría con los costos del accidente. En nuestro ordenamiento jurídico, ello significa aplicar las normas de interpretación contractual del CC (artículo 1.560 y siguientes).

Ahora, si queremos cuantificar ese elemento de la inecuación, deberíamos considerar una sumatoria de los costos del tiempo invertido en los juicios, más los honorarios de los abogados, más las costas del juicio mismo. Partiendo por los honorarios al abogado, estos son difíciles de cuantificar pues su determinación varía inmensamente entre los juicios, dependiendo de la complejidad del caso y la duración del mismo. Sin embargo, nos atrevemos a aventurar un promedio de \$300.000 por honorarios en juicio ordinario civil de primera instancia. Siguiendo con las costas procesales (receptores, testigos, copias, movilizaciones, etc.) las situamos, también de manera aventurada pero buscando un promedio, en \$150.000. Corresponde ahora cuantificar el factor tiempo invertido en juicio, sin embargo, preferimos obviarlo en consideración a las variaciones que este presenta en cada condición de vida de los particulares.

⁵⁹ Ibidem. pág. 258.

En definitiva, el elemento de la inecuación “costo de asignación de pérdida” por cada parte del litigio equivaldría a \$450.000 (honorarios más costas procesales). Ese monto hay que multiplicarlo por dos, y así obtendremos los costos de asignación judicial de pérdida del accidente⁶⁰.

Solo nos queda llenar el espacio del costo de asignación del riesgo -el otro lado de la inecuación- es decir, lo que costaría definir una repartición del riesgo de accidente con antelación a la ocurrencia del mismo. Para cuantificar esto, tenemos que identificar los actores involucrados y los costos de cada uno. Los actores son las empresas concesionarias, los usuarios del sistema, y el Estado. Entre estos tres actores podrían fijar una normativa (ley) de consenso que rijan la situación en estudio. También podrían las concesionarias, en conjunto con los usuarios, establecer un acuerdo de carácter privado, para luego replicarlo en cada uso que se dé del servicio concesionado. Los costos de estas actuaciones, lejos de ser de orden monetario, tienen que ver más con un esfuerzo de tipo político o relacional, puesto que en todos esos casos es necesario alcanzar un acuerdo de asignación de riesgo.

Ergo, la inecuación, en un contexto de estudio de un año calendario, queda:

Costo de asignación de un riesgo < o > \$900.000.- X 2.509

Costo de asignación de un riesgo < o > \$2.258.100.000.-

⁶⁰ Reiteramos que en ese cálculo excluimos factores como el tiempo invertido por las partes en juicio, y el costo temporal y humano que cuesta el estado el ejercicio del poder judicial en ese caso particular.

En nuestra opinión, el monto del lado derecho de la inecuación supera cualquier tipo de costo de asignación de riesgo posible, puesto que, como ya enunciamos recientemente, la dificultad en la distribución del riesgo radica en las voluntades de los tres actores (Estado, concesionarias y usuarios), más no en costos económicos. Ello nos lleva a concluir que la laguna resulta ser ineficiente:

Costo de asignación de un riesgo < \$2.258.100.000.- → llenar la laguna
--

COSTOS:

- Judicialización casi inevitable de los casos.
- Ausencia total de certeza jurídica.

BENEFICIOS:

- No hay.

III.1.2. Posibilidad de régimen de responsabilidad civil
extracontractual:

Nos toca analizar los incentivos y niveles de eficiencia de las dos variantes de esta sede de responsabilidad.

III.1.2.1. Responsabilidad por culpa:

En esta hipótesis tenemos al sujeto víctima del accidente vial (conductor y/o pasajeros del vehículo) y el supuesto victimario (empresa concesionaria). Un sistema como este nos indica que luego de verificarse el accidente, la parte que lo sufre puede dirigirse en contra de los responsables para que, tras un análisis de culpabilidad, se les condene a alguna forma de reparación. Es decir, la víctima está facultada para recibir una compensación de la concesionaria siempre y cuando esta haya ejecutado un actuar negligente. En consecuencia, si la empresa concesionaria demuestra que cumplió con el deber de cuidado, se verá exonerada de la obligación de reparación.

Antes de analizar los incentivos que se desprenden de este régimen, determinaremos los costos⁶¹ que implican para ambas partes las diversas situaciones con las que pueden encontrarse. Primeramente, la víctima correrá con parte de los costos de precaución (para lograr el deber de cuidado que lo exonere de culpa), puede correr con los costos de accidente (si no decide accionar judicialmente o si pierde el juicio), y puede también correr con los costos de administración (no necesariamente el condenado a reparar el daño puede ser condenado también a las costas del juicio). Al reverso, el victimario concesionaria deberá correr con parte de los costos de precaución (para lograr

⁶¹ Para analizar la estructura de costos en responsabilidad extracontractual, utilizaremos la categorización de CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis*, Yale University Press, 1970, pp. 26-31. Esta categorización hace la siguiente división tripartita: costos de precaución, costos del accidente, y costos de administración o adjudicación.

un deber de cuidado que la exonere de la culpa), puede correr con los gastos del accidente (en caso que sea vencida y obligada a compensar en juicio de responsabilidad), y puede también correr con los gastos de administración (no solo los costos procesales propios, sino también los de la contraparte).

Hecho ese repaso, se constatan incentivos de ahorro de costos para ambas partes. De hecho, hay costos en los que inevitablemente deberán incurrir, independientemente de si se logra acreditar su culpa en un juicio particular. Esos son los costos de precaución. En términos positivos, las partes nunca tendrán que indemnizarse esos costos, pues pasarán a ser parte inherente del ejercicio de la actividad. Estos costos de prevención se pueden ejemplificar en: mantención adecuada del pavimento, manejo con respeto a las reglas del tránsito y velocidades máximas, iluminación adecuada en las vías, y todas las demás mencionadas en el subcapítulo III.1 de este capítulo.

Respecto de los otros dos costos (de accidente y de administración) los concretizamos arbitrariamente en sede de conflicto judicial⁶², es decir, costas personales y procesales de los juicios. Estos costos pasan a ser eventuales para las partes, pues su asignación dependerá de la decisión del tribunal al cual se sometió el caso. Tal es una consecuencia inevitable en un régimen de responsabilidad por culpa. En él no se puede vaticinar con certeza cuál de las partes correrá con esos gastos hasta hacer el juicio de diligencia.

⁶² Esto lo hacemos porque esa es la vía que en la práctica se da para solucionar estos conflictos. Las formas de autocomposición pueden ser más convenientes, pero ellas ameritan un análisis singular, sin que podamos abocarnos a ellos dada la multiplicidad de casos cada cual con sus particularidades y logros distintos.

En consecuencia, los incentivos para prevenir aumentan aún más. Mientras más se prevenga un accidente, mayor será la posibilidad de librarse de la asignación de responsabilidad civil.

Hasta el momento hemos estado hablando de un sistema de responsabilidad por culpa “puro” o “simple”, es decir, sin mayores especificaciones de cómo distribuir la responsabilidad sino solo el hecho de un actuar culpable. Pero existen otras variantes de este sistema, más específicas, y que alteran sustancialmente el estudio de este sub-régimen. Esas variantes son la de culpa infraccional, negligencia contributiva y negligencia comparativa.

En la responsabilidad por culpa infraccional, la ley prescribe con precisión los actos que debe y no debe realizar el regulado. Generalmente, en países de tradición continental como Chile, la regulación no se satisface con normas legales, sino que debe ir complementada con reglamentos y decretos dictados por la agencia administrativa competente. Entonces, el deber de cuidado se verá cumplido al cumplir con las normas. Por el contrario, si alguna de esas normas es incumplida por el regulado, se configura la culpa de tipo infraccional y el tribunal lo condenará a la compensación respectiva. Acá los incentivos de prevención están íntimamente ligados a la exhaustividad de la regulación. Mientras más básica sea la regulación, menores serán los incentivos para que la concesionaria prevenga el acontecimiento de accidentes, puesto que no podrá culpársele al cumplir con la poca normativa existente. Lo contrario pasa si la regulación es exhaustiva y detallada, puesto que la

prevención deberá cumplir con cada una de esas normas. Es decir, existe una relación de proporcionalidad directa entre la prevención y el grado de regulación. Sin embargo, el tema de los incentivos económicos y carga de los costos del accidente y costos de administración no varían respecto del sistema de culpa simple. La asignación de esos costos seguirá dependiendo de lo que disponga el tribunal.

La responsabilidad por culpa contributiva dispone que “[...] el victimario puede evitar la responsabilidad demostrando que la precaución de la víctima fue menor que la norma legal de cuidado [...] Aquí la defensa de la negligencia contributiva impone una norma legal de cuidado a la víctima”⁶³. Para ejemplificar: supongamos que el concesionario resulta inicialmente culpable por haber permitido el ingreso de vacas a la vía. La víctima choca con el mamífero resultando su automóvil muy dañado. En el juicio de indemnización accionado por la víctima, la concesionaria argumenta que el conductor excedía con creces la velocidad permitida, pues, según radar de la autopista y peritajes mecánicos, el auto viajaba a 160 kilómetros por hora. Si el juez se rige por un sistema de responsabilidad por culpa contributiva, debería rechazar íntegramente la demanda, haciendo caer la totalidad de los costos en la víctima. Este sistema, desde el punto de vista de la prevención, es el más eficiente de los que hemos estudiado hasta el momento, pues ninguna de las partes tiene un antecedente infalible que los ayude a calcular cuándo se verán obligados a reparar los

⁶³ COOTER, Robert. y Ulen, Thomas, op. cit., pág. 395.

daños. El victimario siempre tendrá la posibilidad de aludir a algún mal actuar de la víctima, y de esta manera sacudirse de la culpa.

Sin embargo, es indudable que el sistema recién descrito resulta injusto pues toda la carga del accidente recae en la víctima culpable, siendo que podría darse que la negligencia del victimario pudo haber sido de mucha mayor gravedad. Para hacer frente a este inconveniente, surge la regla de la negligencia comparativa “[...] divide el costo del daño entre las partes en proporción a la contribución de su negligencia al accidente. Por ejemplo, si la negligencia de la víctima es 20% responsable de su daño accidental, y la negligencia del victimario es 80% responsable de su daño accidental, la víctima podrá recuperar del victimario el 80% de sus pérdidas”⁶⁴. Este tipo de régimen de responsabilidad es el más preciso, por lo que obliga en casi todos los casos a judicializar el problema pues las partes pocas veces lograrán un acuerdo acerca de la cuantía de reparación de cada una. Más aún, el juicio al cual se someta el asunto deberá ponderar variadas pruebas que aumentarán los costos de administración. En esta hipótesis la arista procesal probatoria es particularmente importante, porque la fase probatoria determinará las culpas de cada parte y, gracias a eso, con posterioridad se asignará el porcentaje de responsabilidad y consecuente reparación de los daños. Obviamente, en un régimen de responsabilidad por negligencia comparativa los incentivos de prevención están presentes en ambas partes.

⁶⁴ Idem. pág. 395.

En conclusión, un sistema de responsabilidad extracontractual por negligencia siempre otorgará incentivos para prevenir. Aún no concluimos si estos incentivos son los más eficientes en la gama de posibilidades para regular la relación usuario-concesionaria, pero analizados las sub-posibilidades de un régimen por culpa (o negligencia) concluimos que siempre hay incentivos al menos para una de las partes⁶⁵.

Aprovechamos de hacer mención a que este régimen coincide con la regla general de responsabilidad en el ordenamiento jurídico chileno⁶⁶, y así ocurre con la gran mayoría de países de tradición jurídica continental.

COSTOS:

- Judicialización casi inevitable de los casos.
- Incertidumbre jurídica.

BENEFICIOS:

- Ambas partes se esfuerzan en prevenir (costos de prevención).
- Sanciona al culpable.

III.1.2.2. Responsabilidad estricta:

⁶⁵ Ibidem. pág. 396: “El análisis económico del derecho demostró un hecho sorprendente acerca del modelo de la responsabilidad en los ilícitos culposos: *Si suponemos una compensación perfecta y que cada norma legal es igual al nivel del cuidado eficiente, todas las formas de la regla de la negligencia otorgan al victimario y la víctima incentivos para la precaución eficiente.*”

⁶⁶ Para más antecedentes sobre el régimen general de responsabilidad chileno, se sugiere consultar ALESSANDRI, Arturo. op. cit., pág. 123 y ss.; CORRAL, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

La segunda variante de régimen simplifica la atribución de responsabilidad. Considerando a la empresa concesionaria como victimario, tendremos que decir que en un sistema como este es él quien soporta la totalidad de la obligación de reparación en todo accidente de los descritos en el subcapítulo III.1. Ya se explicó que para atribuir esta responsabilidad se sustrae el elemento de la culpabilidad, por lo que basta que exista el hecho, el daño y la causalidad. El usuario deberá probar la ocurrencia del accidente, los daños producidos y lograr la convicción suficiente acerca de la causalidad (que puede acreditarse principalmente por presunciones judiciales). Entonces, la ley condenaría inmediatamente al concesionario a reparar.

En un sistema teórico de compensación perfecta⁶⁷, el usuario de la vía concesionada será siempre satisfecho en sus pretensiones de reparación, por lo que los incentivos para prevenir la ocurrencia de accidentes son nulos. Por el contrario, la empresa concesionaria, al cargar con el peso de reparar todos los accidentes viales que ocurran en sus vías, incrementará sus esfuerzos patrimoniales y humanos en prevenir la ocurrencia de accidentes, pues cada vez que ocurra uno de ellos implicará automáticamente un gasto para la institución. De todas formas, para el victimario este régimen implica efectuar un análisis previo de eficiencia económica, puesto que tendrá la libertad para invertir y prevenir la ocurrencia de ciertos accidentes –probablemente los más

⁶⁷ En términos microeconómicos, se habla de “compensación perfecta” cuando las reparaciones del daño sitúan a la víctima en una posición igual de favorable que la anterior al daño. Es decir, el daño es reparado perfectamente y la víctima encuentra una satisfacción idéntica a la que sentía con anterioridad al accidente.

frecuentes y costosos- y no prevenir los accidentes de poca ocurrencia. Es decir, tiene la libertad de focalizar los esfuerzos de prevención en ciertos tipos de accidentes. Por ejemplo: si la concesionaria hace un estudio que demuestra que los accidentes más caros y comunes son los que implican un accionar de tercero doloso a la relación concesionario-usuario, entonces la empresa se centrará en prevenir esos accidentes, estableciendo cámaras de grabación en las pasarelas, torres de vigilancia, sellado de pasarelas, etc. Y si los accidentes menos frecuentes son los de desprendimiento de rocas o tierra, quizás no convenga prevenir en ellos por el costo que implica su ejecución y el poco provecho que de ello se saca.

La gran ventaja de este sistema es la supresión casi total de los costos de administración o adjudicación. Cada vez que ocurra un accidente del tipo que nos interesa, las partes sabrán automáticamente quién es el responsable de reparar puesto que al victimario no le quedará excusa alguna para eximirse de la condena. Es la ley quien le otorga esa obligación sin posibilidad alguna de endosarla hacia algún otro sujeto –en principio, de nada sirve la prueba de caso fortuito o fuerza mayor-, salvo que la misma ley establezca causales eximentes. En cuanto al ahorro de costos de adjudicación, el régimen es superado solamente por uno de ausencia de responsabilidad. De esta manera, solo quedan presentes los costos de prevención y costos del accidente.

Inmediatamente a la propuesta de este régimen, surge la exigencia por parte de los prestadores de servicio de aumentar las tarifas por el servicio,

siendo esta la única manera de solventar los gastos de prevención y reparación a los que estarán obligados.

Si la actividad que se está regulando favorece la prevención por parte del victimario, sin duda este régimen es el más lógico. Lo contrario ocurre si las prevenciones dependen totalmente de la víctima, en cuyo caso el régimen polarizado que se condice con dicha circunstancia es el de ausencia de responsabilidad. La actividad de tránsito en autopistas, es susceptible de prevenciones por ambas partes según ya lo analizamos en el subtítulo *Precaución o Deber de Cuidado* del subcapítulo III.1. No obstante, los actos de prevención más significativos son los del concesionario. Es por este análisis lógico que concluimos la pertinencia de este régimen en la actividad estudiada.

COSTOS:

- Desfavorece la prevención por parte del usuario.

BENEFICIOS:

- Eliminación casi total de los costos de administración o adjudicación.

- Certeza jurídica.

Una variante de este régimen, también insinuado por Cooter y Ulen⁶⁸, es el de la “responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva” (desde ahora REDNC). La responsabilidad acá sigue estando asignada al concesionario de manera estricta, sin embargo, este tendrá la posibilidad de eximirse de esa carga jurídica en caso que acredite que la víctima incurrió en

⁶⁸ COOTER, Robert. y Ulen, Thomas, op. cit., pág. 396.

algún grado de culpa en el accidente. Esa circunstancia deberá probarse en juicio y, de esta manera, podrá el juez eximir totalmente a la empresa concesionaria si la magnitud de la culpa lo amerita. En este caso, el incentivo para prevenir de la empresa sigue siendo altísimo. No les convendría judicializar todos los casos -aunque es probable que algunos los pueda ganar- puesto que eso implicaría aumentar en gran medida sus costos de administración. Pero la ventaja es que este sistema sanciona al negligente. Distinto es lo que ocurre en un sistema de responsabilidad estricta simple, donde el responsable siempre será el prestador de servicio. Por otro lado, el usuario no será indiferente respecto de la ocurrencia del daño (como ocurría en el sistema de responsabilidad estricta con compensación perfecta), puesto que deberá sujetarse a la normativa de conducción vigente si quiere evitar cualquier riesgo de ser condenado a reparar sus propios daños.

COSTOS:

- Favorece la judicialización.

BENEFICIOS:

- Favorece la prevención de ambas partes.
- Sanciona al negligente.
- Certeza jurídica.
- Judicialización justificada (argumentos efectivos del demandante) de los casos.

III.2.- FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL APLICABLES A LOS ACCIDENTES EN VÍAS CONCESIONADAS.

III.2.1. Respecto del fin preventivo en el AED:

Ya explicamos que la doctrina del AED no está de acuerdo en qué régimen resulta más útil desde el punto de vista de la prevención. Respecto de nuestro tema, tampoco hemos encontrado autores que se inclinen por una determinada posición.

Un óptimo de prevención en el tema de los accidentes en vías concesionadas, se establece fijando el punto en el cual los beneficios globales que otorga el tránsito de vehículos por dichas vías superan los gastos en que incurren las partes y la sociedad para evitar la ocurrencia de esos accidentes. Por ejemplo, el beneficio social del tránsito de vías concesionadas supera a los gastos en que incurre la empresa, el estado, y los particulares usuarios para mantener la vía. Dicha situación sin duda existe –ello se manifiesta en la existencia de empresas concesionarias dispuestas a construir y explotar las obras, además de la cantidad de usuarios que ellas gozan-, lo que nos fuerza a concluir que la actividad es necesaria e imprescindible en la forma de vida actual.

Es necesario definir quién es el individuo que mejor puede prevenir los accidentes en la carretera, y utilizar ese dato para ir dilucidando qué régimen de responsabilidad es el más eficiente desde la prevención. El interés jurídico en juego es de lo más vital: vida e integridad física de las personas⁶⁹. Junto con ese bien, hay otros de interés jurídico como la circulación física de bienes (concretización del principio “libre circulación de los bienes” en derecho civil) y personas, y la contratación entre particulares. Los accidentes que interesan en este estudio afectan a los tres bienes mencionados.

En cuanto a los individuos idóneos para prevenir los accidentes, creemos que por esencia es el conductor-usuario de la autopista quien está en mejor posición para evitar la ocurrencia de ellos. En efecto, el conductor puede regular la velocidad de tal manera que no haya riesgos, puede estar atento a desperfectos en los caminos, debe hacer uso de la luminaria automotriz en los túneles y momentos nocturnos, y ejercer muchos otros actos propios de la prevención. Sin embargo, las autopistas concesionadas suelen tener la calidad de “autopistas de alta velocidad”, y es en esa característica en donde reposa gran parte de su atractivo para atraer usuarios. En conclusión, el usuario de estas vías tiene que hacer uso de ellas a una alta velocidad, por sobre lo que se conduce en vías urbanas o rurales⁷⁰. En tales condiciones, no siempre será posible para el conductor prevenir un accidente, más aún cuando las máximas

⁶⁹ Protección en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

⁷⁰ En Chile, no existe un mínimo de velocidad objetivo. La norma general y única en este sentido está en la Ley de Tránsito (Ley 18.290) que dispone “Artículo 147.- No deberá conducirse un vehículo a una velocidad tan baja que impida el desplazamiento normal y adecuado de la circulación.”

de estas autopistas están fijadas en 100 o 120 kilómetros por hora, siendo la velocidad promedio de los autos que por ella transitan muy cercana a ese máximo. En conclusión, es verdad que el conductor es esencialmente el responsable de los accidentes estudiados, pero bajo las condiciones que se conduce en las autopistas concesionadas, el responsable de mantener las vías en un estado adecuado debe cumplir con su deber con especial énfasis, pues las condiciones de conducción aumentan la posibilidad y gravedad de accidentes.

Concesionada la explotación de una vía para vehículos motorizados, corresponde determinar qué prevención es más eficiente: la de los particulares, la del concesionario o la del estado. En nuestra opinión, este es el análisis que se ha saltado al momento de regular este tema. Se analiza la eficiencia en la prevención de accidentes, luego regulamos sobre ello, y los agentes involucrados adquirirán certeza sobre cuáles son los riesgos a los que están sometidos y las responsabilidades que sobre ellos recaerá en caso de accidentes.

Ya dilucidamos que un sistema de responsabilidad por culpa genera incentivos para prevenir en ambos agentes (usuario y concesionario) pero ¿es esa prevención eficiente? Ambas partes se verán en la necesidad de prevenir para evitar accidentes. Sin embargo, la prevención que realiza el usuario⁷¹ se

⁷¹ En el capítulo III.1 ya enumeramos los principales actos de prevención del usuario: "Cumplir con los deberes de cuidado propios de todo automovilista, la mayoría de ellos fijados en la Ley de Tránsito. - Pagar de manera oportuna el servicio vial que se le está prestando, para evitar posibles embotellamientos o fiscalizaciones que puedan dificultar el tránsito de los demás usuarios."

efectúa aún sin incentivos puesto que responde a una protección al bien jurídico de la integridad física y psicológica de las personas. En otras palabras, el conductor y los pasajeros tomarán las precauciones aún cuando no haya incentivos económicos en el régimen de responsabilidad civil para hacerlo. A esto, hay que sumarle que las infracciones a la Ley de Tránsito *per se* son objeto de sanción económica, fiscalizado por las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, por lo que el incentivo pecuniario al respeto de la normativa está presente.

La prevención bilateral que favorece el régimen de responsabilidad por culpa obliga a incurrir en costos de administración (o adjudicación) necesariamente. Es muy poco probable que las partes, al verse involucradas en un accidente, reconozcan su culpa y se comprometan a recomponer el daño provocado. Hoy en día, dichas determinaciones se toman casi siempre en un tribunal o bajo el apercibimiento que un procedimiento judicial implica (equivalentes jurisdiccionales como conciliación, avenimiento o transacción).

Por último, hay autores del análisis económico que argumentan que “[...] la mejor regla para prevenir accidentes es la que aplica los incentivos en aquél que genera el riesgo, de manera que sea este quien determine el grado óptimo de cuidado.”⁷². En nuestro caso, el generador de riesgos es la empresa privada que presta el servicio de carretera. Ellos están en condiciones, por pericia y experiencia, de definir qué medidas son las más eficaces para prevenir los

⁷² UGARTE y Vicari. op. cit., pág. 27.

accidentes y dentro de ellas cuáles implican menos costo pecuniario. Junto con ello, el concesionario efectuará los análisis de beneficio y costo marginal aplicados a una medida de precaución en concreto, para establecer así las más eficientes.

En definitiva, es la empresa concesionaria quien puede manejar con más eficiencia económica la prevención de accidentes en dichas vías. El rol del usuario-conductor es igual de importante, pero está más ligado al cuidado del bien jurídico de la integridad física de las personas y al control de infracciones por las leyes que regulan el tránsito, más no con los temas de responsabilidad civil. Lo contrario ocurre con el concesionario, quien se ve obligado a mostrar un buen desempeño en materia de prevención, velando más bien por la integridad económica de la empresa producto de posibles demandas de indemnización por los usuarios. De esta manera los costos de prevención los asume la empresa concesionaria, al mismo tiempo que responderá en caso que ocurran accidentes viales dentro de su concesión. La balanza de costos se inclina claramente en favor del usuario y en perjuicio de la concesionaria. Ya explicamos por qué siempre el usuario preferirá la ausencia de accidentes a la ocurrencia del mismo (bienes jurídicos en juego y la imposibilidad práctica de la compensación perfecta), por lo que no es factible que en la práctica busquen algún tipo de provecho desleal de un régimen como el descrito.

III.2.2. Respecto del fin de justicia y sus variantes:

Ya explicamos en el primer capítulo las tres variantes de la justicia como fin de la responsabilidad civil (retributivo - correctivo - distributivo).

Un fin retributivo enfocado en el autor directo del daño puede presentar variadas complicaciones en el tema de la responsabilidad de las vías concesionadas. Existen muchas hipótesis de accidentes en las que la identificación de autor del daño se hace muy dificultosa, por ejemplo, la entrada a la vía de animales de dudosa propiedad, o el lanzamiento de objetos por personas que, ejecutado el acto delictual, se esconden para no ser identificados. Si bien es verdad que este enfoque de justicia se ve debilitado en ese ámbito, hay otras hipótesis de accidentes donde puede adquirir más vigorosidad, nos referimos a los que ocurren exclusivamente por culpa de la empresa al mantener en mal estado la vía (por ejemplo, la luminaria que no funciona). Allí se cumplirá el deseo de que el autor sea sancionado y retribuido con una medida por su actuar inadecuado hacia los otros sujetos.

Por otra parte, el fin correctivo es mucho más fácil de aplicar en todas las hipótesis de accidentes enunciados al principio de este capítulo. Este fin también responde de mejor manera a los bienes jurídicos en juego, entre los que destaca la integridad física de las personas, puesto que pone el acento en la víctima, en los pasajeros que conducían por la vía y sufren el perjuicio a veces mortal. Desde el punto de vista de la reparación, lo importante es que sea íntegra, y se sitúe a la víctima en un estado equivalente a la ausencia de

accidente. Ello nos liga inmediatamente a una regla de responsabilidad estricta o de compensación por seguros, en que la víctima satisface automáticamente su interés por que se determine el obligado a reparar, para luego solamente perseguir su cumplimiento, saltándose la asignación de responsabilidad y de culpa, más propio de un fin de justicia retributivo. Traduciéndolo a nuestro estudio, un fin de justicia correctiva nos obliga a definir a priori quiénes acarrearán con los gastos de reparación de los pasajeros y conductores, puesto que lo esencial será indemnizarlos en sus daños físicos, psicológicos y materiales.

Por último, queda la variante de justicia distributiva, por la cual se buscaría reparar la injusticia que implica que determinado transeúnte sufra el accidente actuando diligentemente mientras el resto de los usuarios permanecen indemnes. Frente a esto, surgen dos posibilidades: seguro obligatorio contratado con antelación al uso de la misma, o aumento de tarifas por parte de la empresa concesionaria lo suficiente como para que esta se haga cargo pecuniariamente de todos los perjuicios ocasionados por accidentes viales. Ambas medidas gravan a la generalidad de los usuarios de las vías en cuestión, para que quienes resulten perjudicados a propósito de ese uso resulten resarcidos con los fondos otorgados por ellos mismos en su conjunto. Como se aprecia, estas medidas cumplen a cabalidad los fines de justicia distributiva, pero ignora por completo el fin retributivo. Es más, se favorece la indolencia de las empresas prestadoras de servicio, pudiendo ampliarse en

gran medida la tasa de accidentes vehiculares. Como consecuencia de ello, el bien jurídico de la integridad física de las personas queda muy endeble. En otros términos, se gana en certeza jurídica y compensación, pero se pierde mucho en prevención de daños pecuniarios y –más importantes aún- físico.

III.3.- PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN.

Corresponde que ahora concretemos el afán prospectivo de este trabajo. Hecho el diagnóstico y análisis doctrinario, jurisprudencial y económico, estamos en posición de proponer un régimen que responda de mejor manera al ordenamiento jurídico chileno y, especialmente, al estándar de eficiencia económica.

Antes de entrar de lleno a esa nueva propuesta, manifestamos que, considerando y manteniendo la actual regulación en Chile, la posición que más se ajusta a la ley y a la eficiencia económica es la de responsabilidad extracontractual por culpa.

Estimamos que la sede adecuada es la extracontractual, puesto que así se ha pronunciado la mayoría de la jurisprudencia nacional, motivada por las circunstancias especiales en que ocurren estos accidentes. Los puntos que determinan esta inclinación, son dos: 1) el carácter de derecho público de la tarifa; y 2) las dificultades procesales desde el punto de vista del sujeto activo de una acción contractual.

Decimos que la tarifa -entendida como institución jurídica, y no como un instrumento comercial- pertenece y tiene su arraigo en una rama jurídica foránea al derecho civil de los contratos. Si bien, aparentemente puede mirarse como la contraprestación a que se obliga el usuario de la vía concesionada, nos parece que su esencia pertenece al derecho de las concesiones en cuanto esta rama es propia del derecho público. En efecto, el concepto de tarifa es extraído de las bases de licitación que ponen en marcha el proceso de concesión, emanando estas bases de las agencias administrativas (en el caso de Chile emanan del MOP). Por esta razón, nos parece incoherente equiparlo a conceptos como pago, canon, precio, u otros que son propios del derecho contractual civil, que encuentran su génesis en el CC o en la libertad contractual de los particulares. Por esto, preferimos proponer que la jurisprudencia uniforme su criterio estableciendo para estos accidentes un marco de responsabilidad extracontractual, puesto que la sede contractual debe reservarse para contratos regidos íntegramente por el área de derecho privado, en los que se ejerza el principio de la libertad contractual íntegramente, y no en las relaciones que nacen de concesiones viales, en las que rige un manto de regulación y deberes establecidos vigorosamente por el poder ejecutivo, además de una participación⁷³ estatal directa en las relaciones que nacen durante las explotaciones de obras.

⁷³ Creemos que esta participación (ya no sólo regulación o fiscalización) del estado en la relación concesionaria-usuario, la distingue de la categoría contractual de “contrato dirigido”. Esta participación se concretiza en: fijaciones de los límites tarifarios; la intromisión en el servicio cerrando pasos o redirigiendo los sentidos de las pistas (como ocurre en los periodos de mayor tránsito); vigilancia y control de las

El otro argumento se refiere a las posibles dificultades que puede ofrecer para las víctimas (o contratantes) al momento de demandar por la ocurrencia de daños. Si se establece un sistema de responsabilidad contractual, sería necesario fijar quiénes son los contratantes. Por un lado tendríamos, sin lugar a dudas, a la empresa concesionaria. Pero como contratante de aquel, tendríamos un abanico de posibilidades que desconcierta a la teoría procesal. Explicando ese desconcierto, el “usuario contratante” podría ser el dueño del automóvil en el cual ocurrió el accidente, o el chofer que lo conducía, o quien dispuso del dinero para el pago del peaje, etc. Es decir, existiría una importante indeterminación respecto del legitimado activo. No es solo esa dificultad la que habría que vencer. Preguntémonos qué ocurre en un accidente en el cual, por mal cuidado de las vías, un menor de edad queda inválido: ¿cómo demandar en sede contractual (para exigir daño emergente, y/o lucro cesante, y/o daño moral), siendo que él nunca prestó su voluntad para formar consentimiento con la empresa concesionaria? En conclusión, las hipótesis en que el contratante de la concesionaria se define con claridad son muy escasas. Hay muchas otras hipótesis en que la supuesta figura del contratante se hace vaga. Esto se explica, en parte, por lo abordado en el párrafo anterior, referido a la intromisión en esta relación jurídica por parte del derecho público y los instrumentos que emanan desde el poder ejecutivo para supervisar, reglar y participar en estas

Fuerzas de Orden y Seguridad al interior de las vías, y que suelen interrumpir el tránsito de determinados vehículos; etc.

relaciones de servicios, que provocan que sea impropio categorizarlas como “contratos”.

En lo que se refiere al sistema de responsabilidad, sostenemos que las disposiciones vigentes en los decretos, reglamentos y leyes no establecen un sistema de responsabilidad estricta. De haberlo querido así el legislador, hubiese redactado las normas sin lugar a dudas, por ejemplo como ocurre con la Ley N°18.302 sobre Seguridad Nuclear⁷⁴. Desde el análisis económico, el régimen estricto presenta claras ventajas, pero el régimen de culpa también presenta otras que lo hacen más o menos equivalente (favorece la prevención, internalización de costos por el culpable, cumplimiento del fin compensatorio y retributivo de la responsabilidad civil). Sin embargo, insistimos que nuestro principal argumento para uniformar en esta línea la jurisprudencia actual, se basa en el tenor de las disposiciones legales y una interpretación sistemática del derecho civil chileno. Las normas legales atinentes –artículo 35 LCOP y CC en su título Del efecto de las obligaciones (Libro IV), y título De los delitos y cuasidelitos (Libro IV)- están orientadas a un régimen por culpa, en donde se hace indispensable acreditar la negligencia en el actuar por parte del demandado. Ese es el régimen general aplicable en Chile, y de ello no hay discusión en la doctrina.

⁷⁴ Artículo 49.- La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley.

Pasemos ahora a tratar las propuestas de un nuevo régimen chileno que cumpla con satisfacer el estándar de eficiencia económica, el principio de seguridad jurídica, y la mayor cantidad posible de fines de responsabilidad:

Propuesta relativa al sistema de responsabilidad civil: Proponemos que en Chile se aplique un sistema de responsabilidad estricta con defensa de negligencia contributiva (desde ahora REDNC). Enunciamos con anterioridad, en el subtítulo II.2, en qué consistía este régimen: ocurrido un accidente dentro de la autopista, dentro de los caracterizados en el capítulo III, se producirá *ipso facto* una obligación de reparación cuyo titular es la empresa concesionaria por donde se transitaba. Sin embargo, la empresa responsable podrá extinguir dicha obligación presentando una demanda en contra del usuario que sufrió el accidente, aludiendo a que este último incurrió en un actuar culpable que favoreció la provocación del accidente. Entonces, la causa mutará en un caso de responsabilidad por culpa, puesto que la finalidad de la acción será acreditar la negligencia del conductor o usuario, y formar en el tribunal el grado de conocimiento correspondiente sobre esa circunstancia, para pasar a fallar en favor del prestador del servicio, eximiéndolo de su obligación (declarándola extinta). En consecuencia, de acogerse dicha acción el usuario cargará por sí mismo con los eventuales gastos de reparación del accidente vehicular.

Un régimen como este considera los siguientes costos: los costos de prevención recaen eminentemente en la empresa concesionaria, no obstante el usuario debe cumplir con la normativa general de tránsito vehicular para no

infringir la normativa especial y no ser inculcado por el concesionario. Es decir, ambas partes incurrirán en costos de prevención, llevándose el concesionario la mayor carga. Respecto de los costos de reparación del accidente, los deberá costear casi siempre la empresa prestadora de servicio. La gran ventaja en cuanto a los costos recae en los de adjudicación, puesto que la obligación se crea automáticamente ocurrido el accidente. La causa solamente se judicializará en caso que la empresa pretenda descargarse de la obligación aludiendo una presunta culpa de la contraparte. Lógicamente, se espera que la empresa no haga uso indebido de esta última posibilidad. Hacerlo implicaría perder todos los casos en que el conductor del vehículo o sus pasajeros actuaban normalmente –diligentemente-, y de paso costear las costas procesales y personales propias y las de la contraparte. Aunque no sea una finalidad de la responsabilidad civil ni tampoco del AED, el REDNC favorece que el sujeto patrimonialmente más débil -casi siempre la víctima del accidente- se libere de desembolsar costos, sean estos de adjudicación o reparación, haciéndolos recaer en la empresa concesionaria, trayendo como consecuencia una distribución de la riqueza más pareja.

Desde el punto de vista de los fines de la responsabilidad extracontractual, un sistema como el propuesto responde fielmente al fin correctivo, tal como ocurre siempre que se opta por una asignación de responsabilidad estricta. Sin embargo, la mezcla de reglas que se propone, posibilitando la descarga de responsabilidad acreditando la negligencia, tiene

como fundamento un fin retributivo, pues existe un celo por identificar y responsabilizar al usuario que incurrió en culpa. En otros términos, el sistema pretende que la reparación provenga de quien actuó de manera más negligente, poniendo énfasis en la retribución, que no puede caer más que en el actor del hecho delictivo. Si no fuese así, se establecería un sistema de responsabilidad estricta pura claramente gravoso hacia el prestador del servicio. En definitiva, se compensará a la víctima del accidente con excepción de los casos en que ella tuvo un grado de culpabilidad.

CONCLUSIÓN

1.- Iniciando este trabajo, mencionamos nuestro afán por analizar la práctica judicial que hasta el momento se ha centrado en torno a los accidentes en vías concesionadas. Para ello, aplicamos un método inductivo: leímos fallos de tribunales de distintas instancias y extrajimos los principios que se repetían con mayor frecuencia. Gracias a ello constatamos la amplia gama de variantes jurídico-procesales en que se desenvuelven los casos en estudio. No obstante, nos centramos en las dos grandes bifurcaciones que existen sobre el tema (responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual, y responsabilidad por culpa versus responsabilidad estricta), hacemos mención a la omisión consciente de otros temas anexos a los analizados a lo largo de esta memoria, y que preferimos no tratar para restringir con precisión el tema en estudio. Esos temas excluidos son: comparaciones con la responsabilidad del estado en las vías fiscales, el deber estatal de fiscalizar el estado de las vías concesionadas, procedencias del daño moral, responsabilidades penales, etc.

2.- El repaso jurisprudencial nos hizo concluir que existe una leve inclinación numérica hacia favorecer la sede extracontractual. Respecto del asunto de la objetividad o subjetividad del régimen, no encontramos prevalencia de uno por sobre otro. En definitiva, verificamos con creces lo variopinto que han sido los juicios en estudio.

3.- Proseguimos con la búsqueda de soluciones, e ideamos un sistema que podría optimizar -económica y jurídicamente- el sistema vigente. Luego de aplicar los principios y métodos del AED, pudimos concluir que el régimen de responsabilidad que más se adapta a los criterios de eficiencia económica es el del la REDNC. Para instalar este régimen, es indispensable una modificación y precisión legislativa que lo consagre. Los beneficios más importantes son: presencia de incentivos para la prevención en ambos sujetos de la relación jurídica; la sanción al sujeto negligente (fin retributivo); lograr certeza jurídica desde los litigantes hacia los criterios y lineamientos de que se valdrá el sistema judicial para resolver.

4.- Considerando que la instalación del régimen antedicho requiere de una reforma legislativa, también nos hicimos cargo de la situación normativa actual, y la actitud que deberían tomar los tribunales de justicia frente a estos casos, atendiendo principalmente al objetivo de seguridad jurídica. Creemos que los tribunales debiesen uniformar sus criterios hacia un sistema de responsabilidad extracontractual por culpa, rechazando las demandas que se interpongan en sede contractual –por no coincidir la relación usuario-concesionaria con una típica relación contractual-, y también las que presuman un supuesto deber de la concesionaria de responder por todo daño que ocurra dentro de la vía (responsabilidad estricta).

5.- Si bien el diagnóstico jurisprudencial logrado en este trabajo puede no ser novedoso (como se evidencia en la bibliografía de este trabajo, los temas

del vaivén jurisprudencial y los argumentos para favorecer los distintos regímenes posibles ya habían sido tratados en revistas de derecho y tesis de memoria), las conclusiones a las que hemos llegado, junto con su afán prospectivo, lo hacen único dentro de la gama de literatura relacionada. Este afán estuvo motivado por alcanzar una mejor prestación del servicio judicial estatal, asegurando a sus usuarios (cada vez más numerosos) una solución congruente con otros casos análogos, y no motivar la incertidumbre que pueden tener las personas y empresas afectadas en sus derechos tras un accidente como los que estudiamos. Hemos de esperar que este y otros temas sean tratados legislativamente acorde a los tiempos modernos, avanzando hacia una modernización indefectible del sistema de responsabilidad civil, para que sea eficaz con las variantes de delitos y cuasidelitos propios de estos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 1993. Tomo I y II.

ALIAGA Araos, Osvaldo y Venegas Salazar, Sebastián. De la responsabilidad en vías concesionadas por daños causados a particulares. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2011. 89 h.

BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica, 2010.

BRIEBA Milnes, Jerónimo. La relación de causalidad en la responsabilidad civil y en la responsabilidad de las sociedades concesionarias de obras públicas: doctrina y jurisprudencia. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010. 114 h.

BULLARD, Alfredo. Al fondo hay sitio. Themis Revista de Derecho, Lima, Perú, (21): 93-100. 1992.

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad Extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica, 2005.

CÁCERES Luarte, Natalia. Vínculos que emanan del contrato de concesión de obra pública: Relaciones Administración – Concesionario y Usuario – Concesionario. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. 229 h.

CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis*, Yale University Press, 1970

Código Civil de Chile

COLEMAN, Jules. Los fundamentos del bienestar. *Revista Derecho y Humanidades*. 10(17): 2004.

COOTER, R. Las Mejores Leyes Correctas: Fundamentos Axiológicos del Análisis Económico del Derecho. En: ROEMER, A. (compilador). *Derecho y Economía: Una revisión de la Literatura*. México D.F., Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

COOTER, Robert. y Ulen, Thomas. Derecho y Economía. 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CORRAL, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Decreto Supremo N° 956 de 1997. Reglamento de Ley de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, septiembre de 1997.

Decreto Supremo N° 900 de 1996. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L M.O.P. N°164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, diciembre de 1996.

DELGADO, V. y DIEZ, J. Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del “derecho de daños”. Revista de Derecho Universidad de Concepción. 214(143): 2003.

COMISIÓN NACIONAL DE SEGURIDAD DE TRÁNSITO. Diagnóstico de accidentes de tránsito en la Región Metropolitana (Año 2011).

DIEZ Schwerter, José Luis. La responsabilidad civil del concesionario en obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVIII (1° Semestre):121-156. 2012.

DIEZ Schwerter, José Luis. Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: panorama normativo y jurisprudencial. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (221-222): 71-98. Dic. 2007.

GATICA Pacheco, Sergio. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. Santiago, Editorial Universitaria, 1956, N° 202.

Ley N° 18.290. CHILE. Ley de Tránsito. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, febrero de 1984.

Ley N° 18.302. CHILE. Ley de Seguridad Nuclear. Ministerio de Minería, Santiago, Chile, mayo de 1984.

Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Ministerio de Economía, Fomento y Producción, Santiago, Chile, marzo de 1997.

PIZARRO Wilson, Carlos. La responsabilidad contractual en el derecho chileno. (en línea). Fundación Fernando Fueyo Universidad Diego Portales, (fecha de consulta: 24 de junio de 2012), Disponible en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf

POLINSKY A., Mitchell. Introducción al análisis económico del derecho. Barcelona, Ariel. 1985.

POSNER, R. El análisis económico del derecho. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. 682 p.

POSNER, R. La decadencia del derecho como disciplina autónoma. Harvard Law Review, 100(4): 761-780. 1987.

Reglamento de Servicio de Obra de la Autopista Aconcagua Norte, diciembre del 2001.

Reglamento de Servicio de Obra de la Autopista Costanera Norte.

ROEMER, Andrés, Introducción al Análisis Económico del Derecho. Instituto

Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994, Págs. 114.

UGARTE, E. y VICARI, A. Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Bourie: jurisprudencia y doctrina. Tesis (para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 239 h.

ANEXO N°1

**Cantidad de accidentes en vías concesionadas interurbanas (Año 2011) –
Carabineros de Chile (extracto).**

**CARABINEROS DE CHILE
DIRECCION PLANIF. Y DESARROLLO
DEPTO. INF. PÚBL. RECLAMOS Y SUG. (OIRS)**

Santiago, 31 de Julio de 2012.-

RSIP. N°.: 17093.-

**SEÑOR.
NICOLÁS HERNÁNDEZ.
CORREO ELECTRÓNICO: nicofunky.nicofunky@gmail.com
PRESENTE.-**

De mi consideración:

Por medio de la presente, se da respuesta a su solicitud N° ADOO9W 0017093, de fecha 04 de Julio de 2012, a través de la cual solicita información estadística frecuencias de accidentes ocurridos en vías concesionadas en Chile.

Analizada su solicitud conforme a los principios de acceso a la Información Pública y de Transparencia de la Función Pública, consagrados en el artículo 8° de la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285, se recopilaron los antecedentes solicitados, los que se encuentran disponibles al interior de Carabineros de Chile, los cuales se adjuntan al presente documento.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.-

**RAMIRO F. LARRAIN DONOSO**
Coronel de Carabineros
JEFE DEPTO. O.I.R.S.

Sas-

Id Concesión	Concesión	Total Cuenta de Tipo Accdte.	Total Suma de Muertos	Total Suma de Lesionados
1	Los Vilos - La Serena	120	8	263
2	Stgo - Los Vilos	334	27	424
3	Stgo - Talca	532	46	637
4	Talca - Chillán	302	36	360
5	Chillán - Collipulli	149	7	199
6	Collipulli - Temuco	169	14	209
7	Temuco - Río Bueno	131	11	160
8	Río Bueno - Pto. Montt	126	9	167
9	Sist. Norte Sur	71	5	40
10	Stgo - Colina -	94	7	106

	Andes			
11	Stgo - Valpo - Viña	238	24	368
12	Stgo-San Antonio	164	15	226
13	Nogales - Puchuncavi	12	1	14
14	Acceso Concepcion	37	18	90
15	Camino La Madera	9	10	15
16	Litoral	21	0	33
Total general		2509	238	3311

ANEXO N°2

Diagnóstico de accidentes de tránsito en la Región Metropolitana (Año 2011) – Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (extracto).



RESUMEN DE CIFRAS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN LA REGIÓN METROPOLITANA (AÑO 2011)

- Durante el año 2011, los accidentes de tránsito sumaron 23.520, que dejaron un saldo de 360 víctimas fatales y 15.549 lesionados.
- Durante el horario 18:00-20:59 se registró la más alta concentración de accidentes de tránsito (4.494).
- Durante los días *viernes* se concentró la cifra más elevada de accidentes de tránsito (3.868).
- Durante el mes de *agosto* se registró la cifra más alta de accidentes de tránsito (2.168).
- En *zonas urbanas* se concentró la mayor cantidad de accidentes de tránsito (22.253), lo que representó el 94,6% del total de eventos.
- Las *colisiones* resultaron ser el accidente de tránsito de mayor significancia numérica, con un total de 13.059 eventos que abarcaron el 55,5% del total.
- La *imprudencia de conductores* resultó ser la causa más frecuente en accidentes de tránsito, con un total de 10.609 eventos que abarcaron el 45,1% del total.
- Las comunas de *Santiago* (2.667), *Puente Alto* (1.880), *Maipú* (1.585), *Las Condes* (1.148) y *Ñuñoa* (1.122) lideraron el ranking de accidentes de tránsito en la región.
- Las rutas *5 Sur* (221), *5 Norte* (145), *Ruta 78* (126), *Ruta 68* (106) y *Ruta 57* (86) registraron las cifras más altas de accidentes de tránsito en la región.
- La mayor participación en accidentes de tránsito, fallecidos y lesionados se focalizó en el segmento de "*jóvenes*" de entre 19 y 33 años de edad.
- La mayor participación en accidentes de tránsito y la más alta cifra de lesionados estuvo asociada a "*conductores*", mientras que la mortalidad más elevada se relacionó con "*peatones*".
- Los *conductores* pertenecientes al segmento jóvenes (19 a 33 años de edad) sumaron la mayor mortalidad y morbilidad.
- Los *pasajeros* pertenecientes al segmento jóvenes (19 a 33 años de edad) sumaron la mayor mortalidad y morbilidad.
- Los *peatones* pertenecientes al segmento adultos mayores (64 y más años) sumaron la mayor mortalidad, mientras que la mayor cifra de lesionados se registró en *peatones* pertenecientes al segmento jóvenes (19 a 33 años de edad).
- La mayor participación en accidentes de tránsito, fallecidos y lesionados se asoció al género *masculino*.
- Las *mujeres* pertenecientes al segmento adultos mayores (64 y más años) sumaron la mayor mortalidad, mientras que la mayor cifra de lesionados se registró en *mujeres* pertenecientes al segmento jóvenes (19 a 33 años de edad).
- Los *hombres* pertenecientes al segmento jóvenes (19 a 33 años de edad) sumaron la mayor mortalidad y morbilidad.

Ranking de accidentes según la ruta de ocurrencia

Ruta	Accidentes	Fallecidos	Graves	Menos graves	Leves	Total lesionados	Índice de severidad
Ruta 5 Sur	221	13	22	22	135	179	5,88
Ruta 5 Norte	145	8	17	14	127	158	5,52
Ruta 78	126	10	32	13	139	184	7,94
Ruta 68	106	9	10	12	86	108	8,49
Ruta 57	86	4	13	10	74	97	4,65
G-25	40	0	1	4	22	27	0,00
G-46	39	1	0	7	24	31	2,56
G-546	36	0	1	5	14	20	0,00
G-60	26	1	4	3	22	29	3,85
G-16	23	4	9	12	22	43	17,39
G-45, G-515-H	20	0	2	1	17	20	0,00
G-74-F	16	5	8	4	11	23	31,25
G-730	14	0	2	2	9	13	0,00
G-380	10	0	5	0	7	12	0,00
G-150	8	0	3	3	11	17	0,00
G-78	8	0	2	2	4	8	0,00
G-730, G-734, G-76	7	1	0	3	11	14	14,29
G-68	6	1	1	1	6	8	16,67
Ruta 73	6	0	1	0	11	12	0,00
G-490	5	0	1	0	5	6	0,00
G-500	5	0	1	0	5	6	0,00
G-660	5	0	1	1	3	5	0,00
G-668	5	0	0	1	6	7	0,00
Ruta 66	5	2	1	1	3	5	40,00
G-421	4	0	0	1	5	6	0,00
G-555	4	0	0	1	1	2	0,00
G-10-F	3	1	1	2	2	5	33,33
G-131	3	2	0	0	1	1	66,67
G-148	3	1	1	0	2	3	33,33
G-51	3	0	0	0	2	2	0,00
G-76	3	0	1	0	2	3	0,00