



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE
LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN
DEL ESTADO FRENTE AL USUARIO LESIONADO EN CARRETERAS
CONCESIONADAS.

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

Alumnos: Carolina Pozo Fuentes
Rafael Trujillo Córdova
Profesor: Cristián Román Cordero

Santiago, Septiembre de 2014

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	6
CAPÍTULO 1º: MARCO NORMATIVO.....	16
1.1 Aspectos Generales.....	16
1.2 Contrato de concesión de obra pública.....	20
1.2.1 Elementos del contrato de concesión.....	32
1.3 Vínculo jurídico entre concesionario y usuario.....	33
1.3.1 Relación contractual.....	34
1.3.2 Relación de consumo.....	34
1.3.3 Relación extracontractual.....	35
1.3.4 Relación de Derecho Público.....	35
1.4 Derechos y obligaciones del concesionario.....	36
1.4.1 Derechos del concesionario.....	36
1.4.1.1 Derecho a la explotación de la obra.....	36

1.4.1.2 Derecho a percibir la tarifa.....	37
1.4.1.3 Derecho a ceder la concesión.....	38
1.4.2 Obligaciones del concesionario.....	38
1.4.2.1 Obligación de prestar el servicio en la forma convenida.....	38
1.4.2.2 Obligación de conservar las obras.....	39
1.4.2.3 Obligación de prestar el servicio en forma indiscriminada.....	39
1.5 Marco normativo.....	40
1.5.1 Decreto con Fuerza de Ley N° 850 del Ministerio de Obras Públicas.....	40
1.5.2 Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas.....	41
1.5.3 Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 del Ministerio de Obras Públicas.....	46
1.5.4 Normas de carácter particular.....	55

**CAPITULO 2º: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CONCESIONARIAS
POR DAÑOS EXPERIMENTADOS POR USUARIOS.....57**

2.1	Generalidades.....	57
2.2	Responsabilidad contractual.....	61
2.2.1	Vínculo contractual entre concesionario y usuario. “Contrato de peaje”.....	64
2.2.2	Jurisprudencia.....	66
2.2.3	Nuestra posición.....	70
2.3	Estatuto del Derecho del Consumidor.....	77
2.3.1	Doctrina.....	77
2.3.2	Jurisprudencia.....	83
2.3.3	Nuestra posición.....	86
2.4	Responsabilidad extracontractual.....	87
2.4.1	Responsabilidad subjetiva o por culpa.....	88
2.4.1.1	Doctrina.....	88
2.4.1.2	Jurisprudencia.....	92
2.4.1.3	Nuestra posición.....	94
2.4.2	Responsabilidad objetiva o estricta.....	97
2.4.2.1	Doctrina.....	98
2.4.2.2	Jurisprudencia.....	99
2.4.3	Nuestra posición respecto de la responsabilidad de la concesionaria según las normas de Derecho Privado.....	101

CAPITULO 3°: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO POR DAÑOS EXPERIMENTADOS POR USUARIOS.....104

- 3.1 Inactividad en el ejercicio de sus deberes de inspección y vigilancia.....104**
- 3.2 Deficiencia en el diseño de la obra vial.....112**
- 3.3 Jurisprudencia y argumentos respecto de la responsabilidad de la Administración del Estado.....122**

CAPITULO 4°: RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO Y DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.....127

4.1 CONCAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS DE OBRAS VIALES Y DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.....127

- 4.1.1 Delegación de la responsabilidad del Fisco en las Sociedades Concesionarias.....127**
- 4.1.2 Responsabilidad solidaria.....139**

4.2 FACTOR COMUN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS DE OBRAS VIALES Y DE LA RESPONSABILIDAD DE

LA ADMINISTRACION DEL ESTADO: EL DEBER DE SEGURIDAD.....	142
4.3 EL DEBER DE SEGURIDAD COMO PARAMETRO EN LAS ACTUACIONES DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.....	166
4.4 LA PREVISIBILIDAD COMO LIMITE DEL DEBER DE SEGURIDAD.....	170
CONCLUSIONES.....	179
BIBLIOGRAFIA.....	191
ANEXO N° 1.....	212
ANEXO N° 2.....	219

INTRODUCCION

1. El problema.

Las carreteras concesionadas construidas a lo largo del país han significado un gran avance y progreso. Esto se traduce en mayor conectividad, menores un mayor número vehículos circulando por ellas. En su mayoría, están diseñadas para que los usuarios de ellas circulen a alta velocidad en condiciones de seguridad. No obstante lo anterior, es inevitable la ocurrencia de hechos con consecuencias dañosas para los usuarios, cuya causa ha sido por regla general el incumplimiento de las condiciones de seguridad otorgadas por la concesionaria y/o la Administración del Estado. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes sucesos. El día 21 de julio de 2002, mientras doña Gladys Valck transitaba como copiloto junto a su marido y el hijo de ambos por la Ruta 5 Norte. Al pasar el automóvil en que viajaban bajo el paso peatonal de calle Márquez de Ovando, una roca de gran tamaño destruyó el parabrisas del vehículo e hirió gravemente a la señora Valck. La roca fue lanzada por una mujer con facultades mentales alteradas que transitaba por la pasarela, la cual no tenía ninguna medida de protección que evitara el lanzamiento de objetos

desde la misma¹. El día 19 de mayo de 2002, don Fidel Antonio Palma Valencia manejaba un camión dirección norte-sur. De improviso, ingresaron a la carretera dos caballos sin montura ni jinete, uno de los cuales embistió y provocó que el vehículo saliera de la ruta al no haber barreras de contención, cayera en una zanja de aproximadamente dos metros de profundidad, y finalmente volcara, ocasionando la muerte del conductor, a raíz de las graves lesiones sufridas². Un 11 de octubre de 2004, mientras don Julio Gómez Zúñiga conducía su vehículo, acompañado por su cónyuge y la hija de ambos, se cruzaron en su pista tres caballos, los cuales impactaron de lleno con el vehículo. A raíz del accidente, los tres pasajeros sufrieron heridas de considerable gravedad³. El día 24 de enero de 2004, mientras don Mario Edgardo Catalán Menares conducía su vehículo en compañía de su cónyuge, dos de sus hijas, un matrimonio amigo, y la hija de éstos. En dichas circunstancias y de forma intempestiva, se atravesó una persona desde el bandejón central, intentando cruzar hacia la berma contraria. El señor Catalán intentó esquivarla, maniobra que lo hizo perder el control del vehículo impactando primero la barrera de contención que divide ambas calzadas, para

¹ <http://www.emol.com/noticias/nacional/2003/04/14/109860/gladys-valck-demando-al-fisco-y-a-concesionaria-de-la-ruta-norte-sur.html>

² <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/08/22/318649/concesionaria-de-ruta-5-sur-debera-pagar-millonaria-indemnizacion-por-muerte-de-chofer.html>

³ <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/08/02/495927/un-muerto-en-volcamiento-en-la-region-del-maule.html>

finalmente caer al canal Tuzana, costado que no contaba con las barandas señaladas. A raíz de dicho episodio, salieron expulsadas del automóvil las menores Catalán Maldonado. La mayor de ellas fue arrastrada por la corriente de agua, y no pudo ser rescatada con vida. Los demás ocupantes del vehículo, resultaron con lesiones leves y graves, mientras que el automóvil resultó con pérdida total⁴. El día 13 de marzo de 2009, don Patricio Medina Cárdenas, conducía su vehículo por la Ruta 5 Sur, en compañía de sus tres hijos, momento en el cual fue embistió a un vacuno que se cruzó por la ruta, colisión que le provocó serias lesiones⁵.

2. La actualidad.

Previo a la Ley de Concesión de Obra Pública de 1991, las carreteras en donde ocurrieron casos como los descritos en el párrafo anterior, eran construidas y explotadas directamente por la Administración Estado, por lo que generalmente el usuario lesionado veía restringida su opción de presentar una demanda indemnizatoria. Esto pues se estimaba que lo ocurrido constituía para la víctima una desgracia que se asumía sin esperar responsables y para la

⁴ <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/autopista-del-sol-debera-pagar-millonaria-indemnizacion-por-accidente-carretero/2010-11-08/105253.html>

⁵ <http://noticias.terra.cl/nacional/autopista-pagara-16-millones-por-choque-de-auto-con-vaca,119583f2f9b5e310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>

Administración del Estado un hecho de caso fortuito y fuerza mayor. Distinto es lo que ocurre hoy en día, en que los eventos citados precedentemente son sólo un acotado ejemplo de lo que realmente sucede. En la actualidad, el usuario que desea transitar por carreteras concesionadas debe cancelar una tarifa por concepto de peaje, lo cual ha llevado a éstos a exigir una especie de contraprestación, principalmente por parte de la sociedad concesionaria, considerando que debe entregarse por parte de ella un servicio seguro y de calidad. Por otro lado, el Estado entrega las vías públicas en concesión bajo un exhaustivo régimen de condiciones y obligaciones en las que debe prestar el servicio. Estos factores han propiciado que el número de litigios relacionados con este tema, haya aumentado considerablemente.

3. Relevancia del problema.

No obstante lo anterior, las demandas presentadas en primera instancia dirigen su acción indemnizatoria en contra de sujetos pasivos distintos, no utilizando ningún criterio de uniformidad. En algunos juicios, se ha demandado sólo a la empresa concesionaria, mientras que en otros, se han dirigido en contra de ésta, y solidariamente contra el Fisco de Chile. Asimismo, las víctimas han demandado bajo distintos regímenes de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, en tribunales ordinarios civiles o juzgados de

policía local (por ley del consumidor). Los fallos de primera e incluso de segunda instancia, también han presentado vacilaciones, existiendo casos en que se ha condenado a uno, absolviendo al otro, mientras que en otras oportunidades y bajo circunstancias similares, se ha condenado o absuelto a ambos. Lo anterior, importa una merma a la seguridad jurídica de los usuarios, quienes no tendrán mediana certeza respecto del sujeto pasivo de la demanda, tribunal o siquiera las probabilidades de obtener sentencia favorable. Asimismo, estas vacilaciones jurisprudenciales manifiestan que no ha existido igualdad ante la ley entre usuarios que han resultado dañados en circunstancias similares en carreteras concesionadas, lo cual es evidentemente injusto.

De acuerdo a cifras entregadas por la Asociación de Concesiones de Obras de Infraestructura Pública A.G. (COPSA), durante el año 2012, el flujo aproximado de vehículos que transitaron por concesiones viales interurbanas fue de 224.831.550, cifra muy superior a los 167.036.351 que circularon durante el año 2008⁶. Lo anterior, deja en evidencia que el número de personas que utiliza una carretera concesionada para trasladarse de una ciudad a otra, ha aumentado exponencialmente durante los últimos años, lo cual, necesariamente puede provocar a su vez un mayor número de usuarios lesionados por

⁶COPSA. Concesiones Viales Interurbanas. Flujo total de vehículos [en línea]. [fecha de consulta: 19 de octubre de 2013] Disponible en: <http://copsa.cl/wp-content/uploads/2012/08/Flujo-Autopistas-Interurbanas-2008-2012.pdf>

deficiente seguridad en la vía⁷. Así, durante el año 2012 ocurrieron 1448 accidentes en carreteras concesionadas interurbanas, con un total de 213 personas fallecidas⁸. De dichos accidentes y tal como abordaremos más adelante, debemos considerar aquellos acontecidos no sólo por acciones u omisiones de la sociedad concesionario y/o de la Administración del Estado, o por una ineficiente seguridad vial, sino que también aquellos que ocurren a raíz de un hecho propio, hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

Así, frecuentemente nos hemos encontrado con vehículos apedreados desde pasarelas peatonales; accidentes de tránsito provocados por peatones y animales que se cruzan intempestivamente en la vía; accidentes menores que resultaron con daños excesivos debido a la mala protección entregada por las barreras de contención; choques por alcance a raíz de la mala visibilidad provocada por quema no autorizada de pastizales a un costado de la vía; etcétera. Es por esto que nos proponemos exponer los distintos criterios de atribución de la responsabilidad del concesionario y proponer el más adecuado de conformidad a los intereses de los usuarios.

⁷ <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2014/05/25/accidentes-en-las-autopistas-aumentan-hasta-37-desde-2010/>

⁸ COPSA. Reporte Económico de Concesiones. Abril 2013 [en línea]. [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2013] Disponible en: http://copsa.cl/wp-content/uploads/2013/06/REC_Abril2013.pdf

4. El objeto de estudio.

No obstante lo anterior, siempre que ocurre un accidente dentro un autopista concesionada son válidas las preguntas ¿quién responde frente al usuario lesionado en una carretera concesionada? ¿la empresa concesionaria? ¿la Administración del Estado? ¿ambos?, o incluso ¿ninguno de ellos? Las respuestas a estas interrogantes han creado una diversidad de opiniones, sin lograr aún la uniformidad doctrinal y jurisprudencial necesaria para crear seguridad jurídica. En la práctica, el gran problema que deben enfrentar aquellas personas que transitando por una ruta concesionada, sufren algún tipo de accidente automovilístico, es decidir bajo cuál estatuto demandar la indemnización del daño.

Teniendo claridad en las deficiencias que producen los puntos anteriores, es que nace el debate respecto a cuál sistema o régimen de responsabilidad en materia de seguridad en carreteras, sean o no concesionadas, debiese prevalecer en nuestra legislación: responsabilidad estricta, responsabilidad por culpa, o simplemente ausencia de responsabilidad por un lado; responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual u otra. Esta discusión, pese a haberse desarrollado en variadas oportunidades tanto en la doctrina como por nuestros jueces, no ha logrado llegar a un punto de inflexión ni de uniformidad.

Esto no provoca sino una cierta incertidumbre respecto del usuario lesionado, que podría deducir demandas según su conveniencia, ante distintos tribunales, y utilizando los argumentos que le sean más favorables, no logrando un criterio único y generando un amplio margen para demandar, y por tanto, para fallar, tanto en primera instancia, como por parte de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Así, nos hemos encontrado con fallos en que los accidentes se produjeron en circunstancias similares, pero sin embargo luego, se les ha aplicado regímenes de distinto tipo. En algunos casos, contractual, en tantos otros, extracontractual. De la misma manera, algunas sentencias exigen prueba de imputabilidad respecto del prestador del servicio, mientras que otras, consideran la aplicación de una responsabilidad estricta.

En definitiva, este trabajo pretende abandonar el punto de vista privatista que la jurisprudencia, y en general los autores civilistas, tienen respecto de la responsabilidad de las sociedades concesionarias, renunciar a las reglas generales de responsabilidad civil, las del Código Civil, y abordar el tema desde la naturaleza jurídica de la concesión, todo con una mirada unificadora respecto de la responsabilidad por falta de servicio en contra del Fisco y las Municipalidades, entendiendo que las garantías constitucionales, tal como ocurre en la legislación argentina, no son oponibles únicamente a los diversos órganos del Estado, sino que también a los entes privados, no centrándonos en

el victimario y la culpa, sino más bien, en la víctima y el daño, ello, pues si el daño que se provocó es el mismo, el sistema de responsabilidad aplicado debe ser el mismo. Éste es, la falta de servicio.

5. Plan de exposición.

Con todo, lo que proponemos con este trabajo, es realizar una determinación en el origen de la responsabilidad de las sociedades concesionarias frente al usuario lesionado, presentar diversos criterios de atribución para hacerlo responsable; establecer quién y cómo responde en caso de accidentes en autopistas concesionadas; concurrencia de las sociedades concesionarias y el Fisco en las responsabilidades respectivas en hechos dañosos en las autopistas concesionadas, fijando el factor común de ambos agentes; establecer las obligaciones que tiene el concesionario para con el usuario, especialmente el deber de seguridad; entre otros puntos.

Para tal efecto, nuestro trabajo se divide en cuatro capítulos. El primer de ellos trata sobre el marco normativo que rige a las sociedades concesionarias, el objetivo es determinar el régimen jurídico de las sociedades concesionarias. El segundo capítulo aborda en detalle la responsabilidad patrimonial de las empresas concesionarias. En su contenido se analizará cada uno de los regímenes de responsabilidad del empresario concesionario adoptados por la

jurisprudencia y la doctrina. En el tercer capítulo, expondremos acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, haciendo referencia principalmente a aquellos casos en que creemos existirá responsabilidad patrimonial de este ente. En el cuarto capítulo desarrollaremos los factores comunes que existen entre la responsabilidad de las sociedades concesionarias y de la administración, en particular de la obligación de seguridad que tienen ambos para con el usuario vial.

CAPÍTULO 1° – MARCO NORMATIVO.

1.1 Aspectos Generales.

Las concesiones de obra pública se originan por el interés de la Administración de optimizar la ejecución de los servicios públicos. Para tal efecto, el Estado ha buscado una suerte de colaboración con los particulares. De esta manera, “el tema de la concesión está ligado a la provisión indirecta de bienes o servicios públicos. En efecto, tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de dichos bienes o servicios: la directa por el Estado, a través de sus servicios públicos [...]; y la indirecta, cuya forma más conocida es la concesión y que implica la intervención del sector privado en la provisión o gestión del servicio, manteniendo en todo caso el Estado la titularidad del mismo”⁹. De cualquier manera, el interés del Estado es el mismo, cumplir los mandatos constitucionales de estar al servicio de la persona humana y velar por el progreso de la nación toda, siendo para ello el Estado garante y titular de aquellos servicios públicos. El contrato de concesión “no cambia la naturaleza jurídica del servicio u obra sobre la que recae, los que siguen siendo *públicos*. Como consecuencia de esto, la organización del servicio u obra concedida corresponderá en líneas generales al Estado,

⁹ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de concesiones de obras públicas. Santiago, Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 11

conforme a los marcos legales aplicables, principalmente en materia de sistemas tarifarios y de reajustabilidad o revisión de precios, de modificación del servicio y de la forma en que debe prestarse el servicio.”¹⁰

Los motivos por los cuales el Estado decide otorgar una obra pública en concesión, pueden ser diversos. “La primera y principal está asociada a la decisión de política económica que prioriza otras realizaciones con fondos provenientes de los recursos ordinarios del sistema [...] Los particulares interesados realizan la obra con aporte genuino de capital, recuperando su inversión y obteniendo una realización razonable mediante la percepción directa y temporaria de una contribución aportada por los usuarios de la obra, denominada peaje”¹¹.

En materia de concesiones existe una suerte de desdoblamiento por parte del Estado pues, por una parte éste mantiene la titularidad del mismo, y por otra el concesionario podrá explotar el servicio, asumiendo por su cuenta y riesgo los costos económicos que ello conlleva. Así las cosas, el Estado puede regular la actividad, fiscalizar, sancionar y rescatar el servicio una vez

¹⁰ MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007. p. 44

¹¹ SARMIENTO GÜEMES, Manuel. 1995. Concesiones viales. Relaciones Jurídicas. Revista La Ley. pp. 1164-1165.

cumplidos los plazos o condiciones, la que conservará en todo caso su carácter de pública, tanto en la relación con el concesionario como la de estos con el usuario. De esta forma, el concesionario tendrá “la obligación legal de prestar el servicio ininterrumpidamente el servicio de la obra y de no discriminar a los usuarios que cumplan o se allanen a cumplir las normativas y tarifas”¹². Así también lo ha entendido la Contraloría General de la República, mediante el Dictamen 1.786 de 10 de junio de 1997, al estimar que la concesión constituye una modalidad que el Estado puede utilizar para la construcción de obras públicas, no alterando en lo sustantivo que quien construye es el Estado, supuesto que por lo demás es el que permite atribuir tanto a los trabajos como a la obra resultante el carácter de público. En este orden de ideas, la obra como bien material no es traspasada en su dominio al concesionario y el servicio que es prestado por un particular no pierde su faz pública.

En cuanto al peaje cobrado por la concesionaria, es un derecho otorgado por el Estado, cuya naturaleza jurídica es de carácter tributaria para el usuario y la Administración, considerándose para parte de la doctrina argentina, como “una tasa o contribución especial, es decir que posee naturaleza tributaria, que en cualquier caso tiene como destino preciso el integrar (exclusivamente o no) los fondos destinados a solventar, ya sea la construcción de la obra y/o sus

¹² MORAGA KLENNER, Claudio. Op. Cit. p. 45

gastos de conservación y uso. Desde el punto de vista del concesionario, delegado de la Administración, el peaje comporta el término necesario de cierre de la ecuación económico financiera. Es el medio instrumental que el empresario posee para confirmar la estabilidad de su proyecto financiero y asegurar, en principio, su derecho a la percepción de la remuneración que le es debida por el cumplimiento de sus prestaciones contractuales.”¹³ Al respecto, “la facultad de fijarla (la tarifa de peaje) corresponde a la autoridad de aplicación designada en el mismo decreto que establece la concesión a favor de un determinado concesionario”¹⁴. A su vez, “el peaje no es inconstitucional en sí mismo, lo sería si la tarifa que se fijara fuera confiscatoria, discriminatoria o de cualquier modo comportara la imposibilidad del real y efectivo ejercicio del derecho de transitar libremente.”¹⁵ A mayor abundamiento, la doctrina argentina ha señalado que “se desprende que aun cuando aparentemente tenga la apariencia del pago como contraprestación por un servicio, como en un contrato del derecho privado, (éste) no genera más derechos al usuario de los que podría generar un tributo. La relación jurídica entre concesionario y usuario es indirecta, ya que el primero sólo percibe el tributo en nombre del Estado, con quien a su vez contrata para que a través de los mecanismos que otorga el

¹³ MERTEHIKIAN, Eduardo. 1991. Reforma del Estado. El proceso de traspaso a la actividad privada de cometidos estatales. Revista La Ley. pp. 791-792.

¹⁴ SARMIENTO GÜEMES, Manuel. Op. cit., p. 1167.

¹⁵ MERTEHIKIAN, Eduardo. Op. Cit. p. 791.

Derecho Administrativo [...] se cubran objetivos que el mismo Estado debería realizar *per se*".¹⁶

Para efectos de exponer nuestro trabajo no será necesario detallar en los procedimientos de licitación y de adjudicación de concesión de obra pública. A la luz del artículo 35 de la Ley de Concesiones, es en la fase de explotación donde se producen las relaciones jurídicas del concesionario y la Administración con el usuario lesionado dentro del contexto de un accidente en una concesión de carretera.

1.2. Contrato de concesión de obra pública.

El procedimiento en que el Estado entrega una concesión de obra pública vial, se realiza a través del Ministerio de Obras Públicas, el cual procede en virtud de una ley destinada a ese efecto, según lo establece el artículo 63 N° 10 de la Constitución Política de la República: "Sólo son materias de ley: 10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión". Para tal efecto, se han promulgado los siguientes cuerpos normativos: el Decreto Supremo N°

¹⁶ LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. 1996. Animales sueltos en rutas y responsabilidad civil. Revista La Ley. p. 1335.

900 del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obra Pública y el Decreto Supremo N° 956 del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial 20 de marzo de 1999, que modifica Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996.

De este modo, y de acuerdo como lo expresa Dolores Rufián, el proceso de licitación se caracteriza por “su rigor y sentido formalista, estableciéndose una serie de trámites, formalidad y procedimientos a cumplir por ambas partes para manifestar la voluntad contractual”¹⁷. Este procedimiento se prepara dentro del marco denominado “Bases de Licitación”¹⁸, que contiene las normas de carácter administrativo, técnico y económico por las que se regirá el contrato de concesión. Entonces, previo procedimiento de licitación y adjudicación, el Estado, y no el Ministerio de Obras Públicas, “entrega o comete a un particular la construcción o mantenimiento de una obra de este tipo y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas

¹⁷ RUFÍAN LIZANA, Dolores. 2002. Políticas de concesión vial: Análisis de las experiencias en Chile, Perú y Colombia. Serie Gestión Política, CEPAL, año 2002. p. 28

¹⁸ Las Bases de Licitación se encuentran definidas en el artículo 3° N° 4 del Reglamento de Concesiones como el “conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con que se hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión.” Dichas Bases de Licitación, pasan a integrar parte del régimen normativo del contrato de concesión de obra pública.

sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella”¹⁹. Para ello, el Estado y el particular celebran un contrato de concesión, definido como un “contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y, en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios”^{20 21}. La adjudicación de este contrato se resolverá por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas y se perfeccionará una vez realizada la publicación en el Diario Oficial.

Este contrato, de acuerdo a la doctrina chilena, tiene el carácter de administrativo, y es en este sentido que Dolores Rufián sostiene que es la propia Ley de Concesiones la que señala la existencia de un contrato de carácter administrativo entre el Estado y el concesionario, por cuanto este recaería sobre un objeto público. Desde el punto de vista del objeto del contrato

¹⁹ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit. 9, p. 24.

²⁰ *Ibíd.*, p. 12.

²¹ Nuestros legisladores no han entregado de manera expresa un concepto de “contrato de concesión de obra pública”, sino que más bien se han limitado a determinar cuáles son sus elementos y el marco jurídico que los regula. Por su parte, la Contraloría General de la República, ha definido dicho contrato como “el acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero, por el que éste se obliga a construir una obra pública a su costa, cobrando a su favor, durante cierto tiempo, tarifas a los usuarios, consistiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público” (Dictamen N° 33.411/99 Contraloría General de la República).

de concesión, Dromi propone que este contrato administrativo está dentro de los de tercera generación, de delegación de gestión y de autorización de cometidos “ellos implican la transferencia de prerrogativas, la sustitución de funciones y el reemplazo de prestadores, recayendo la prestación en sujetos privados y la fiscalización en una reserva monopólica del control público por parte del Estado y de la sociedad a través de organizaciones de usuarios y consumidores”²². A mayor abundamiento, Rufian señala que “las características de un servicio público permanecen aunque éste no sea prestado directamente por la administración a través de su función administrativa y serán de aplicación incluso (las normas de derecho público) aunque no estén estipuladas expresamente en el contrato. La sola presentación de la oferta por parte del licitante implica la aceptación de este tipo de cláusulas”²³. Esto, por cuanto esta característica no es objeto de discusión entre las partes, sino que está impuesta por ley, reglamento y bases de licitación.

La importancia de catalogar este contrato como administrativo radica en las consecuencias que trae para el concesionario en la explotación de la obra pública, especialmente en su relación con la Administración y con el usuario. Lo anterior, viene muy ligado a la idea de que es el Estado mismo quien presta el

²² Dromi, Roberto citado por MORAGA KLENNER, Claudio. Op Cit. p. 57.

²³ RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit. 9, p. 31.

servicio por intermedio de un particular, de manera tal que “jamás el interés privado del contratista podrá imponerse como un límite u obstáculo para el mejoramiento de las condiciones del servicio en procura de la mejor satisfacción del interés colectivo, (tampoco) hay que pasar por alto que estas atribuciones de ordenación y organización de servicio, no pueden significar un menoscabo en el contenido contractual de la concesión [...] y, en consecuencia, los derechos y obligaciones del concesionario con respecto a la propia administración como también a los usuarios y demás terceros, respecto de los que rige íntegramente la garantía constitucional que ampara la intangibilidad de los contratos patrimoniales.”²⁴ Por consiguiente, y “[e]n cierto modo la concesión de obra pública, al igual que la de servicio público, importa un desprendimiento por la Administración de parte de sus facultades específicas que se traspasan al particular. Consecuencia de esto es que ese particular puede verse favorecido por el régimen de excepción del servicio público: monopolios, restricciones, y servidumbres administrativas, etc.”^{25 26}.

²⁴ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. 2007. El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo. Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica, N° 1. p.45

²⁵ SILVA CIMMA, Eduardo. Actos, Contratos y Bienes. p.26. En: RUFÍAN LIZANA, Op. cit. 9, p. 24

²⁶ Este aspecto de los Contratos de Concesión es el inicio fundamental de nuestra tesis. Primero, el contrato de concesión de obra pública importa una suerte de desprendimiento de facultades de la Administración (explotación de la obra pública, derecho de percibir peaje - gravamen -); luego, el concesionario se somete a las normas de derecho público, ya por la potestad reglamentaria de la Administración manifestada en el contrato de concesión, ya por lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Concesiones, a las cuales el concesionario

Por otra parte, el contrato de concesión, de acuerdo a la doctrina nacional, presenta además las siguientes características: su causa es el interés público, es un mecanismo de participación privada, crea derechos a favor del concesionario, es temporal, es un acto jurídico intuito personae, etcétera.

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha señalado 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 conmutativo²⁷, principal, solemne, típico o nominado, de ejecución diferida y de adhesión.

El contrato de concesión constituye un verdadero cuerpo normativo, que contiene deberes y obligaciones exigibles al concesionario. Además de contener las reglas particulares de la concesión respectiva también se entienden incorporadas a él la Ley de Concesiones, el Reglamento, las Bases

voluntariamente se somete al participar en el procedimiento de licitación. En consecuencia, la Sociedad Concesionaria debe responder bajo las reglas de la Falta de Servicio. Lo cual será expuesto con más detalle en los posteriores capítulos.

²⁷ En este sentido: Corte Suprema “Bravo Cisternas, Freddy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, Rol 6370-2009; Corte de Apelaciones de Santiago “Moya Acevedo, Ángel Gabriel y otros con Autopista del Maipo S.A.”; Rol N° 9196 – 2006; Corte de Apelaciones de La Serena “Contreras Gallardo, Luciano con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, Rol 179-2011.

de Licitación, sus circulares aclaratorias, la oferta adjudicada y el Decreto Supremo de Adjudicación. De esta manera, podemos denominar los efectos del contrato de concesión como reglamentarios y de carácter eminentemente públicos, como así lo ha señalado el profesor Moraga Klenner.

La explotación de la obra comienza una vez que el Ministerio de Obras Públicas da la autorización de puesta en servicio, según se regulan en las respectivas Bases de Licitación. Una vez puesto en ejecución el contrato de concesión de obra pública, la Administración, a través del Ministerio de Obras Públicas, (autoridad concedente), no perderá su potestad reglamentaria, que además de verse reflejada en las mismas cláusulas del contrato de concesión, se aplicará por medio de su potestad fiscalizadora. En su globalidad, estas relaciones de la fase de explotación se desenvuelven bajo el Reglamento, las Bases de Licitación y Reglamento de Servicio de la obra. Todo lo anterior, además, aplicando la normativa del Derecho Público, en el modo que señala el artículo 21 de la Ley de Concesiones: *“El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, **especialmente**²⁸ en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el*

²⁸ El destacado es nuestro.

Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en la concesión". Tal como destacamos, la expresión "especialmente" no debiera interpretarse como "exclusivamente" u otra forma de exclusión, por lo que además deben incluirse la relación con los usuarios viales. A este respecto, el contrato de concesión "vinculan a las partes siempre y cuando no infrinjan una norma de rango superior de cumplimiento necesario, sea que ella se contenga en una norma constitucional o en una norma de rango legal"²⁹. Por ello, el contrato de concesión no será un instrumento inamovible, y dado el interés público del que se ve envuelto, deberá respetar cada una de las normas legales atinentes al servicio prestado por el concesionario.

Durante la ejecución del contrato de concesión, el canal por el cual se relaciona la sociedad concesionaria con la Administración es la Dirección de Concesiones dependiente del Ministerio de Obras Públicas. La fiscalización, se lleva a cabo mediante la figura de un inspector fiscal, que es la contraparte directa e inmediata de la sociedad concesionaria durante la ejecución del contrato de concesión, tanto en su etapa de construcción como de explotación³⁰.

²⁹ MORAGA KLENNER, Claudio. Op. cit. p. 165

³⁰ VIÑUELA HOJAS, Mauricio, op. cit., p. 49.

En efecto, como veremos en el tercer capítulo de este trabajo, dentro de las excepciones comúnmente presentadas en juicio por parte del Fisco, está el cumplimiento efectivo de este deber de fiscalización, para lo cual se acompañan al proceso correspondencia entre la concesionaria demandada y el Inspector Fiscal, informes en lo que respecta a observaciones realizadas entre esta autoridad y la empresa, además de las multas que se imparten y las posteriores labores de fiscalización. En base a estas pruebas, los tribunales de fondo condenan o absuelven al Fisco, por cuanto existe jurisprudencia en que la Administración del Estado debe responder solidariamente con la empresa concesionaria³¹.

Como ya fue adelantado en la parte introductoria, para comenzar a extendernos en el fondo de nuestro trabajo, es necesario traer a colación una breve síntesis de la historia y motivo de la Ley de Concesión de Obra Pública, exponer sus motivos iniciales y sus consecuencias actuales, de manera tal que podamos cuantificar el rubro de las concesionarias viales y su impacto en el plano económico, urbano y social. Con todo, dejaremos expuesto una definición

³¹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, “Gómez Zúñiga, Julio Agustín con Autopista del Sol y otro”, Rol 8162-2009, en su considerando décimo segundo “que no resulta aceptable la excepción del Fisco de Chile en cuanto a que un inspector fiscal habría inspeccionado y vigilado permanentemente el cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato de concesión (...) porque tal labor de inspección y vigilancia no fue realizada adecuadamente, sino que en forma imperfecta”.

de concesiones, contratos de concesión, sociedad concesionaria y autopistas concesionadas.

Primeramente, en nuestro país, existió una visión netamente estatista en cuanto a la construcción y explotación de obras pública. Esta participación directa del Estado, durante toda la historia republicana de Chile, se ha manifestado en la construcción de puentes, caminos, edificios públicos, etcétera. En el ámbito de las construcciones viales, se da más marcadamente a mediados de siglo XX, cuando comienza a aumentar la necesidad de expandir las principales rutas del país, con el fin de impulsar mejoras en conectividad y transporte. Durante el período de los gobiernos radicales, esta tarea se llevó a cabo por medio de la participación inmediata del Estado, lo que provocó un grave déficit en infraestructura vial, al no existir los recursos necesarios para una tarea de esas proporciones. Dicho déficit se prolongó hasta mediados de los años 90 con un conjunto de normas reformadoras de la economía y de la visión país. Es dable a entender que un país con recursos limitados y fragmentado socialmente, haya postergado el mejoramiento de la infraestructura vial en pos de prestaciones de servicios de primera necesidad como salud, previsión social y otros.

Es dentro de este contexto, a principios de los años 90, que las concesiones de obra pública nacen como una estrategia del Estado por solucionar los déficits en infraestructura (particularmente construcciones viales), sin dejar de priorizar funciones de mayor relevancia social. Existe una necesidad real de ampliar y mejorar la infraestructura vial, con poco riesgo económico para el Estado y mejores resultados en modernización y optimización de recursos. Para lo anterior, se optó por encargar dicha tarea a la iniciativa privada.

Históricamente, como primera iniciativa legal, dentro del gobierno de don Jorge Alessandri Rodríguez se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960, Ley de Caminos, y posteriormente la Ley N° 15.840 de 1964 (Orgánica del Ministerio de Obras Públicas), que disponía en su artículo 87 que “[l]as obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional [...]”, a cambio de la concesión temporal de explotación. La normativa especial dictada para ello fue el Decreto con Fuerza de Ley N° 591 de 1982, que fijó las normas sobre ejecución, reparación y mantención de obras públicas por concesión. Sin embargo, durante la vigencia de esta norma, el régimen de concesiones no tuvo aplicación. Posteriormente, y dentro del contexto de Programa de Concesiones, en 1991, se dicta la Ley N° 19.068 de Concesiones, y el Decreto Supremo N°

240, conocido como el Reglamento de la Ley de Concesiones³². Estos dos cuerpos normativos vienen a constituir la base del sistema de concesiones de obra pública en nuestro país, y han sido modificados en dos ocasiones. La Ley de Concesiones fue modificada en el año 1994 y posteriormente en 1996 a través del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 900 de 1996, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°164 de 1991, la que es la que rige actualmente. A su vez el Reglamento fue sustituido, a través del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 956 de 1997.

Esta legislación, consolida una asociación del sector público y del sector privado, la cual logra incrementar y mejorar la calidad de las grandes carreteras longitudinales y transversales del país, traducidos, hasta 2010, en 67 proyectos adjudicados por una inversión de más US\$11.700 millones, superando el déficit que existía a principios de la década de los noventa³³.

³² RUFÍÁN LIZANA, Dolores, op. cit. 9, p. 29

³³ En este sentido, ver MORAGA Klenner, Claudio. 2012. Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena. La reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. EN: Revista Internacional de Administración Pública, N° 10, Guadalajara, Instituto de Administración Pública del Estado de Jalisco y sus Municipios A.C.

1.2.1 Elementos del contrato de concesión.

En síntesis de lo anterior, los elementos más característicos del contrato en estudio son los siguientes:

- Es un contrato administrativo.
- Los sujetos en este contrato son, por una parte, la Administración del Estado, quien en este caso ejerce sus facultades a través del Ministerio de Obras Públicas, más específicamente a través de la Dirección General de Obras Públicas, y por otra, una persona de Derecho Privado, denominada sociedad concesionaria.
- El objeto de este contrato, son las prestaciones que genera para cada parte. Para la Administración del Estado, nace el derecho a exigir y controlar, a fin de resguardar el interés colectivo, y la obligación correlativa de prestar colaboración al concesionario. Por su parte, para el concesionario nace el derecho a explotar la obra percibiendo como contrapartida el precio o tarifa prefijado en las Bases de Licitación.
- La causa del contrato de concesión se centra principalmente en satisfacer el interés público preexistente en la ejecución y explotación de la obra concesionada, el cual es determinado a través de políticas

públicas, programas de Gobierno y planes propios del Ministerio de Obras Públicas.

1.3. Vínculo jurídico entre concesionario y usuario.

El vínculo jurídico entre el concesionario de obra pública y el usuario ha sido objeto de discusión a nivel doctrinal y jurisprudencial³⁴. En un primer término la relación jurídica estaría determinada por el artículo 21 de la Ley de Concesión de Obra Pública, no obstante su discutible interpretación dista mucho de lograr un consenso pacífico en doctrina.

Existen a lo menos cuatro teorías doctrinarias en relación al vínculo entre concesionario y usuario vial. Tal como veremos en el desarrollo del presente trabajo, la adopción de una postura implicará acoger un determinado régimen de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, y a fin de no ser reiterativos, los siguientes párrafos tienen un propósito meramente introductorio.

³⁴ En este sentido, ver: CÁCERES LUARTE, Natalia. 2010. Vínculos que emanan del contrato de concesión: Relación usuario-concesionario ¿relación convencional o relación de autoridad? Análisis en relación a las autopistas concesionadas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

1.3.1 Relación contractual.

Quienes acogen esta teoría, postulan que el peaje importa una verdadera contraprestación por un servicio prestado por la empresa concesionaria. Este acto jurídico ha sido denominado como “contrato de peaje” y se caracteriza por ser bilateral, oneroso, innominado y conmutativo³⁵.

1.3.2. Relación de consumo.

Este sector de la doctrina estima que el pago del peaje implica la existencia de un contrato, por lo que la prestación del servicio por parte de la empresa concesionaria conlleva la aplicación del artículo 1° de la Ley 19.946. En consecuencia, procedería emplear el estatuto de protección al consumidor. Una consecuencia mediata de la aplicación de este régimen es la determinación cierta de los deberes de seguridad e información a que se obligaría el concesionario para con el usuario en su calidad de “consumidor”³⁶.

³⁵ Ver capítulo parte 2.2 de este trabajo.

³⁶ Ver capítulo parte 2.3 de este trabajo.

1.3.3. Relación extracontractual.

Esta es la tesis con más respaldo en la jurisprudencia³⁷. Básicamente se ha sostenido que en ausencia de una relación contractual entre el concesionario y el usuario es necesaria la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual del Código Civil³⁸.

1.3.4. Relación de Derecho Público

Esta doctrina tiene su fundamento en la razón misma de la concesión. La Administración del Estado, al no perder la titularidad de la obra pública entregada en concesión, impone la reglamentación bajo la cual se relacionará con el usuario (v.gr. el peaje). Asimismo, el artículo 21 de la Ley de Concesiones señala que “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá

³⁷ Una exposición clara sobre esta teoría se aprecia en la sentencia definitiva pronunciada por la Il. Corte de Apelaciones de Valdivia en la causa Ebner O. Constantino con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A. Ver Anexo 2 número 24.

³⁸ Ver Capítulo 2.4 de este trabajo

cumplir las normas que regulan la actividad dada en la concesión”. Es importante señalar que la ley utiliza la expresión “especialmente en lo referente” y no “exclusivamente”, de esta manera, y dada la naturaleza jurídica de la concesión es posible encuadrar la relación del concesionario con el usuario como de Derecho Público reglamentada por el Estado.

1.4. Derechos y Obligaciones del Concesionario.

La sociedad concesionaria adquiere diversas obligaciones y goza de los derechos correlativos que ello implica, según la etapa contractual en que se encuentre (fase de construcción o fase de explotación).

1.4.1 Derechos del concesionario:

1.4.1.1 Derecho a la explotación de la obra.

Este derecho emana de la esencia del contrato de concesión y corresponde a la causa o motivo que tiene el concesionario al momento de celebrar el contrato de concesión.

A su vez, la obligación de la Administración es impedir las desorientaciones en dicha explotación de la concesión, ya sea por sí o por terceros ajenos al contrato.

1.4.1.2 Derecho a percibir la tarifa.

La concesión de obra pública en sí, implica el flujo de grandes cantidades de dinero, las cuales encuentran como retribución el ingreso de una tarifa o de un subsidio.

La tarifa es la contraprestación del servicio prestado por la empresa concesionaria y se establece en el contrato de concesión. Así, la empresa concesionaria puede cobrar dicha tarifa a los usuarios del servicio.

El principio que rige en la Ley de Concesiones respecto del valor de las tarifas es el de no discriminación, el cual se refleja en la exigencia de que el cobro diferenciado debe beneficiar a todos los usuarios que reúnan unas mismas condiciones. Con todo, no se puede establecer una tarifa superior a la autorizada en el contrato de concesión.

1.4.1.3 Derecho a ceder la concesión.

Este derecho comprende tanto la posibilidad de transferir el contrato como de constituir derechos a favor de terceros.

1.4.2 Obligaciones del concesionario:

1.4.2.1 Obligación de prestar el servicio en la forma convenida.

A este respecto se refiere el artículo 24 de la Ley de Concesiones, el que señala “El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas”. Lo anterior, implica que la empresa concesionaria deberá cumplir el contrato de buena fe y bajo los términos expresados en éste. A su vez, el artículo 62 del Reglamento indica “El concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras, y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, sin perjuicio de

las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas.”

1.4.2.2 Obligación de conservar las obras.

Esta corresponde a una obligación esencial del contrato de concesión, de acuerdo a los artículos 1 y 23 N° 1 de la Ley de Concesiones y al artículo 54.1 letra b) del Reglamento, e implica que la empresa concesionaria debe realizar todas las obras destinadas a mantener la obra pública fiscal, cuidando su permanencia

1.4.2.3 Obligación de prestar el servicio en forma indiscriminada.

De acuerdo al artículo 57 N° 2 del Reglamento, el concesionario debe realizar toda actividad tendiente a mantener el servicio funcionando de manera ininterrumpida e indiscriminado conforme los estándares de la operación y a la gestión que se fijó en el contrato de concesión de obra pública.

1.5. Marco Normativo.

Dentro de este capítulo, expondremos las disposiciones normativas más utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia en el contexto de litigios por indemnización de perjuicios a causa de accidentes en obras viales concesionadas. Es necesario hacer presente que sólo citaremos las que son atinentes al caso, omitiendo, naturalmente, las que no son pertinentes. :

1.5.1. Decreto con Fuerza de Ley N° 850 del Ministerio de Obras Públicas, de 12 de septiembre de 1997, publicada en el Diario Oficial de 25 de febrero de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.8440 de 1964 y del DFL N° 206 de 1960, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

En este cuerpo legal, el inciso primero del artículo 87 señala que las obras públicas podrán ejecutarse mediante “contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional [...], a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan”.

Por otro lado, en cuanto al régimen normativo de la concesión en explotación, el artículo 88 dispone que “la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 71° de esta ley, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se regirán por las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 900, de 1996, su Reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

1.5.2. Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con fuerza de ley N°164 del Ministerio de Obras Públicas, denominado como “Ley de Concesiones de obras públicas” (Ley de Concesiones).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 1° señala que “la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del

decreto supremo de N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios [...], se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto”. Agrega en su inciso segundo que “las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.

Los artículos 17 al 20, correspondiente al Capítulo V, tratan sobre las facultades de Ministerio de Obras Públicas. De especial importancia es el artículo 18, que señala que “tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla con sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación”.

El Capítulo VI, correspondiente a los artículos 21 a 24, denominado Derechos y Obligaciones del Concesionario, es

determinante en el desarrollo de esta tesis. En efecto, el artículo 21 establece que “el concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en la concesión”. En su inciso segundo señala que, por otro lado, “en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas [...]”.

En cuanto al régimen jurídico de la concesión, el artículo 23 establece que será el siguiente:

- “1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus acceso, 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.
- b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio”.

El Capítulo VIII, trata “De la inspección y vigilancia de la Administración”, comprendiéndose los artículos 29 y 30. El artículo 29 nos indica que “las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicios exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones.” Agrega en su inciso segundo que “corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra.” Y en caso de incumplimiento, sanciona el inciso tercero que “el Ministerio podrá aplicar podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin

perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis.”

El artículo 35, inserto en el Capítulo X sobre “Indemnizaciones y Resolución de Controversias”, es determinante para la temática de nuestra tesis, pues ha sido interpretado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de distintas maneras, existiendo un sector que postula que estamos frente a la disposición que consagraría la responsabilidad extracontractual objetiva de las concesionarias. Sin embargo, conforme vayamos desarrollando el trabajo demostraremos el por qué esta interpretación está desvirtuada de su verdadero sentido. De una manera u otra, esta disposición establece 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 de que sean exclusivamente imputable a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.”

Por último, el artículo 39 de este cuerpo legal nos señala que “para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de

la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”. Agrega en su inciso segundo que “El Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, la provisión de su equipamiento o la prestación de servicios asociados, salvo en que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio Público, Municipio o empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado.”

1.5.3. Reglamento del Decreto con Fuerza de ley N° 164 del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996, contenido en el Decreto N° 956 del Ministerio de Obras Públicas de 6 de octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1999, comúnmente singularizado como “Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas”.

El Decreto Supremo N° 956 ha sido de suma relevancia pues llegó a uniformar las modificaciones legales más recientes para aquella época, logrando sistematizar algunas normas incluidas con anterioridad en las bases de licitación.

En cuanto a su campo de aplicación, el artículo 1° del Reglamento nos indica en su numeral 2° que “(e)ste Reglamento de Concesiones formará parte integrante de los contratos de concesión que celebre el Ministerio de Obras Públicas en virtud de las normas señaladas en el inciso primero del presente artículo”. En el número 3, indica que la concesión comprenderá: a) La prestación en el área de concesión de los servicios básicos y complementarios para los que fue construida la obra. b) La conservación de la obra en óptimas condiciones de uso. c) El cobro de tarifas que pagarán los usuarios de los servicios básicos y de los servicios complementarios.” Este artículo lo que hace, es determinar el ámbito de aplicación del Reglamento, señalando que éste establece las normas para la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, ya sea que se trate de explotación de las obras y servicios, o respecto del uso y goce sobre los bienes nacionales de uso público.

El artículo 2°, denominado “Del Contrato y Normas Que lo Rigen” indica en su número 1 que “los contratos de concesión a que se refiere el artículo anterior, se regirán por: a) El Decreto Supremo MOP N° 294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206, de 1960; b) El Decreto con Fuerza de Ley

Ministerio de Obras Públicas N° 164, de 1991, Ley de Concesiones Obras Públicas, y sus modificaciones contenidas en la Ley 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 900 de 1996; c) El presente Reglamento de Concesiones; d) Las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias; e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el Ministerio de Obras Públicas; f) El decreto de adjudicación respectivo.”

Por su parte, el Título III trata principalmente la etapa de Licitación y Adjudicación, haciendo mención al llamado a licitación y determinando quiénes pueden ser licitantes y cuáles pueden ser sus eventuales inhabilidades. Así, también ahonda en las materias que pueden contemplar las Bases de Licitación, la oferta, su apertura, evaluación y estudio.

El Título IV, denominado “Del Decreto de Adjudicación y Contrato”, ahonda principalmente sobre la base de contenido que debe poseer el Decreto Supremo de adjudicación. Además, destaca aquí la obligación existente para las empresas concesionarias, de contratar seguros que

logren cubrir una eventual responsabilidad por daños a terceros u otros riesgos factibles de suceder en la etapa de concesión.

El Título V, denominado “De la Fiscalización del Contrato de Concesión”, regula de manera detallada la relación que se produce entre la figura del Inspector Fiscal y la Sociedad Concesionaria. De esta manera, el artículo 38 comienza por establecer en el número 1 que “el Ministerio de Obras Públicas nominará un Inspector Fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial”. En el número 2 nos señala que “toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal [...]”.

El artículo 39 detalla exhaustivamente cuales son las funciones y atribuciones del Inspector Fiscal en la Etapa de Construcción. Entre las principales, podemos nombrar: “a) Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto”; “b) Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras”; “d) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad”. De esta norma se desprende que el Ministerio de Obras Públicas efectúa una vigilancia más o menos permanente en las labores

de construcción, la que además se mantendrá en la etapa de explotación. El deber de seguridad comienza en la etapa de construcción y se extiende en la etapa de explotación según el artículo siguiente.

En cuanto a la Etapa de Explotación, el artículo 40 nos señala que el Inspector Fiscal “tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes: b) Realizar los análisis pertinentes de los antecedentes que debe entregar la sociedad concesionaria; c) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras; d) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo; e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la operación de las obras; f) Fiscalizar el cumplimiento del reglamento de servicio de la obra; m) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión; n) Cualesquiera otras establecidas por las bases de licitación”.

El artículo 43 establece la obligación de información que pesa sobre la Sociedad Concesionaria, la que comprende principalmente el libre acceso y la entrega de los documentos que el mismo artículo singulariza.

El artículo 44 señala cuáles son las atribuciones del Director respectivo durante el Contrato.

El Título VII, de las “Sanciones y Multas”, comprende los artículos 48 y 49, los que regulan la imposición de multas en caso de infracción por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, estableciendo un procedimiento para ello.

El Título VIII, Del Desarrollo del Contrato de Concesión, abarca los artículos 49 a 63. Entre ellos, destaca el artículo 50, el cual trata la Ejecución de la Obra, señalando que ésta se ejecutará conforme a la base de licitación y a la oferta del adjudicatario, debiendo garantizarse por parte de la empresa concesionaria, el uso ininterrumpido de la obra, en caso que ésta se trate de un bien nacional de uso público.

Por su parte, el artículo 54, nos indica en qué momento comienza la explotación, señalándonos que ésta “comenzará con la puesta en servicio provisoria de las obras, comprendiendo esta etapa lo siguiente:

- a) La prestación del servicio básico, servicios complementarios y otros servicios para los que fue construida la obra, en el área de concesión; b)

La conservación de la obra en óptimas condiciones de uso, según lo

exigido en las bases de licitación;” entre otras que se enumeran en la disposición citada.

En cuanto a la puesta en servicio definitiva, el artículo 56 establece las formas y plazos en que se realizará ese acto, el cual se manifestará finalmente por medio de la Resolución del Director General de Obras Públicas.

El artículo 57 establece las disposiciones mínimas que debe contener el Reglamento de Servicio de la Obra. Así, señala en su numeral primero que “el uso de la obra y los servicios que prestará el concesionario se regirán por un reglamento interno, el que, en todo caso, deberá incluir todas las normas derivadas de las bases de licitación y oferta técnica. [...]” Posteriormente, en su número 2 establece que “el reglamento, de acuerdo a la naturaleza diversa de las concesiones otorgadas, contendrá entre otras materias: a) Medidas de cuidado de la obra, seguridad y vigilancia. b) Medidas de mantención y aseo de las distintas instalaciones. c) Medidas orientadas a detectar y solucionar los problemas de accidentes, congestión o de cualquier otra naturaleza que se produzcan en el camino, respecto de las concesiones viales. d) Enumeración de los derechos y obligaciones de los usuarios por el uso

de los servicios prestados. g) Estándares de operación, calidad y gestión para la prestación de los servicios. h) Normas sobre reclamos de los usuarios. i) Mecanismos de evaluación y control de los servicios. j) Procedimientos.” El número 4 establece que “el MOP no dará la autorización de puesta en servicio provisoria de la obra si no se ha aprobado previamente el reglamento de servicio de la obra.”

Por su parte, el artículo 60, en su numeral primero, indica que en el plazo que dispongan las bases de licitación, el concesionario deberá cercar el terreno concesionado, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas. En su numeral segundo, este artículo señala que a partir de la ocupación y hasta la extinción de la concesión, corresponde a la empresa concesionaria, la vigilancia de los terrenos afectos a contrato de concesión.

Otra disposición, que se utiliza con frecuencia por la doctrina y la jurisprudencia para realizar interpretaciones en un sentido u otro, es el número 1 del artículo 61, que trata de la Obligación de Servicio Indiscriminado, estableciendo que “la obra entregada en concesión es un servicio público, por lo cual el concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso

fortuito o fuerza mayor, y sin discriminación de ninguna especie los usuarios, siempre que éstos cumplan con las condiciones del servicio y con el pago de las tarifas autorizadas en el contrato de concesión.”

El controversial artículo 62, sobre los daños a terceros establece que “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 daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros o al medio ambiente, a menos que le daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.”

Para finalizar las disposiciones del Reglamento de la Ley de Concesiones atinentes a nuestro trabajo, se encuentra el artículo 63 que trata sobre la responsabilidad del concesionario. Al igual que las dos anteriores, su interpretación no es pacífica. Desde ya, adelantamos, que nuestra posición es rechazar toda interpretación que tienda a “privatizar”

la responsabilidad del concesionario. Así las cosas, este artículo señala lo que “el concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras, y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas”. Por su parte, los artículo 68 y siguientes regulan los procedimientos para modificar los contratos de concesión durante su ejecución. Los artículos comprendidos dentro del Título XI hacen referencia a la duración, suspensión destrucción y extinción de la obra. Por su parte, el artículo 79, hace referencia al incumplimiento grave de las obligaciones de la empresa concesionaria y el procedimiento por el cual se llevará a cabo la extinción de la concesión.

1.5.4. Conjuntamente con las normas anteriores de carácter general, cada concesión está regulada por las siguientes normas de carácter particular y que varían según cada caso:

1. Bases de licitación. Es el conjunto de reglas que establecen el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato así como el contenido del mismo, es decir, la delimitación de la obra pública que se

concesiona así como los servicios que ha de prestar el concesionario y los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Las bases de licitación se dividen en tres cuerpos que regulan distintos aspectos de la licitación:

- a. Bases Administrativas.
- b. Bases Técnicas.
- c. Bases Económicas.

2. Decretos Supremos de Adjudicación. Es un Decreto Administrativo mediante el cual se realiza la adjudicación de la obra licitada, que se resuelve por el Ministro de Obras Públicas, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda y del Presidente de la República. El Contrato de Concesión se perfeccionará una vez que este Decreto sea publicado en el Diario Oficial.

3. Reglamento de Servicios de la obra. Es aquel cuerpo normativo emanado de la misma Sociedad Concesionaria y que fija los procedimientos y protocolos a seguir durante la fase de explotación. Su contenido está señalado en el artículo 57 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

CAPÍTULO 2° – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CONCESIONARIOS

POR DAÑOS EXPERIMENTADOS POR USUARIOS.

2.1 Generalidades

En el Derecho, la responsabilidad ha sido un tema latamente tratado. Como principio, es aplicado y proyectado a un deber de reparar o responder por las consecuencias dañosas que el actuar negligente o doloso de una persona ocasiona a otro individuo, a sus bienes o a la sociedad entera. En su naturaleza, se toma la palabra responsabilidad en un sentido de reciprocidad o repetición, por cuanto existiendo un determinado acto o hecho dañoso nace una necesidad eventual impuesta por la ley o por la convención de las partes de responder en la forma estipulada. Según señala Corral, en una primera aproximación, puede definirse la responsabilidad como “la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio”³⁹. Ahora, esta responsabilidad puede ser patrimonial, administrativa o penal, dependiendo de la calidad del hechor o responsable, del estatuto aplicable y de si el ofendido resulta ser una persona natural o la sociedad toda.

³⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 13.

Para efectos de este capítulo, y de este trabajo en general, examinaremos la responsabilidad patrimonial de las personas, toda vez que, si bien las sociedades concesionarias pueden responder administrativamente, son los intereses (patrimoniales y extrapatrimoniales) del usuario lesionado (persona natural) los que se ven directamente afectados por accidentes automovilísticos en autopistas concesionadas. En lo que respecta a la teoría de la Responsabilidad del Estado y su estatuto jurídico aplicable será tratado en la segunda parte de nuestro trabajo.

Todo lo anterior, es sin perjuicio de las responsabilidades penales involucradas por acciones de terceros, por ejemplo, delincuentes que lanzan piedras, conducción en estado de ebriedad, etcétera; y de las responsabilidad administrativa de las concesionarias en virtud del artículo 18 de la Ley de Concesiones que establece que “tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla con sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación”. Como se verá en la jurisprudencia analizada más adelante, determinar si las responsabilidades son civiles o penales, es considerado por los tribunales para condenar o absolver a las concesionarias o al Fisco, sin que necesariamente exista una relación entre ambos regímenes.

Tradicionalmente, la doctrina estima que para condenar patrimonialmente a las concesionarias debe operar necesariamente el régimen de responsabilidad civil. Como advertencia, y para efectos de hacer una clara exposición de nuestra tesis, iremos realizando las observaciones que merezcan cada una de las teorías que a continuación presentaremos. Nuestra tesis, la aplicación del estatuto de la falta de servicio a las concesionarias, será tratada en la tercera parte de trabajo y a modo de conclusión.

Así las cosas, dentro de la escasa literatura del tema, pareciera no haber mayor discusión en lo que respecta a calificar a esta responsabilidad como civil, en cuanto a contraposición con la falta de servicio, existiendo una dispersión de criterio sólo para definir cuál sería el estatuto, dentro de la responsabilidad civil, aplicable frente al usuario lesionado. En efecto, esta situación se torna un poco más compleja al existir jurisprudencia apoyando cada una de las posiciones de los autores, haciendo que esta discusión diste de ser pacífica. Dentro de este tópico las tesis más claras son tres: la primera, la con mayor adherencia, aboga por la aplicación de las normas de responsabilidad subjetiva del Código Civil; dentro de la segunda tesis están quienes estiman que si bien existe responsabilidad civil extracontractual, se aplican las reglas del criterio objetivo, estricto o sin culpa, en base a la interpretación de las normas de la Ley de Concesiones y su Reglamento; y en tercer lugar, quienes estiman que acá

existe responsabilidad contractual, por existir un contrato entre el usuario y el concesionario (contrato de peaje). Adicionalmente, y como una cuarta vía, suelen agregarse la aplicación de regímenes especiales como el de Derecho del Consumidor o la Ley 18.290, de Tránsito, siendo el primero de éstos el régimen más acogido dentro de la jurisprudencia nacional. Determinar el estatuto jurídico aplicable a las sociedades concesionarias por accidentes en obras viales, produce la consecuencia de arribar a distintas soluciones dentro de supuestos e hipótesis muy similares, esto, porque las normas sustantivas y procesales tienden a variar dependiendo si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, estricta o subjetiva, si es aplicable o no el régimen de Protección al Consumidor. Primeramente, y dentro de los mismos fallos, litigantes y jueces se dedican a dilucidar si existe o no vínculo jurídico previo, de carácter contractual, entre las sociedades concesionarias. Posteriormente, si se estima que estamos frente a responsabilidad civil extracontractual, se determina si es que se rige por el régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva.

La situación anteriormente expuesta no es posible sino gracias a la poca claridad existente en la propia Ley de Concesiones y en su respectivo Reglamento, los cuales dan pie para dispares interpretaciones, doctrinarias y jurisprudenciales, algunas, bastante vagas e inconclusas.

Finalmente, se debe tener en consideración, que además de la posible existencia de responsabilidad por parte de la sociedad concesionaria (y/o de la Administración del Estado), nos podemos encontrar con factores que excluirán dicha responsabilidad. En primer lugar, está el hecho de un tercero, caso en el cual habrá una falta de nexo causal que permita imputar la ocurrencia de un accidente a la sociedad concesionaria. Ejemplo de ello es el conductor ebrio, aquél que maneja a exceso de velocidad o de manera imprudente y que provoca un hecho dañoso. Por otro lado, está el caso fortuito o fuerza mayor, que se define de acuerdo al artículo 45 de nuestro Código Civil como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera”. Ejemplo de lo anterior, es la presencia de aves de gran tamaño en la carretera o los fenómenos climáticos.

2.2 Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual es aquella que nace a consecuencias de la violación de un vínculo obligatorio generado por un contrato existente entre las partes, el acreedor, conjuntamente con el cumplimiento forzado de la obligación puede solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados con el

retardo o incumplimiento incurrido por el deudor. De este modo, y como señala la doctrina nacional, los requisitos de la responsabilidad contractual son:

1. La existencia de un vínculo contractual entre las partes;
2. El incumplimiento de una o más obligaciones estipulada, y
3. La existencia de un daño ocasionado con motivo del incumplimiento.

En relación con el primer requisito, la doctrina y la jurisprudencia partidaria de esta solución proponen que las partes de este contrato serían el usuario y la Sociedad Concesionaria encargada de prestar el servicio. Para este sector de la doctrina, este contrato tiene las siguientes características:

1. Innominado o atípico: No está tratado ni regulado expresamente ni el Código Civil ni en otro cuerpo normativo. La ley de Concesiones ni el reglamento hacen mención si quiera respecto a la existencia de un contrato de estas características. No obstante lo anterior, los partidarios de esta tesis denominan a esta convención como “Contrato de Concesión” y otros estiman que más bien se trata de un contrato de prestación de servicios.

2. Bilateral: Por un lado, el usuario y por otro, la Concesionaria vial, siendo ambas partes mutuamente obligadas. En este sentido, la jurisprudencia

se ha precisado que “por medio de este contrato, se afirma que el usuario se obliga a pagar a la Sociedad Concesionaria un peaje o tarifa y ésta permite o facilita que la contraparte use la carretera concesionada, quedando el usuario facultado para exigir condiciones de seguridad y comodidad adecuadas mientras se encuentre circulando por ella”⁴⁰

3. Consensual: Este contrato no exige formalidades como requisito de existencia.

4. Conmutativo: En el contrato de concesión existen prestaciones recíprocas entre las partes. Por un lado, se encuentra el usuario, quien se obliga a pagar un monto de dinero por concepto de peaje, y por otro, la concesionaria, quien se obliga a prestar el servicio en el modo y condiciones que la Ley de Concesiones, su Reglamento y demás normativa establecen.

5. Oneroso: Por cuanto ambas partes realizan prestaciones de carácter pecuniario.

⁴⁰ RABAT CELIS, Fernando. Responsabilidad civil de las sociedades concesionarias de obras públicas fiscales respecto del usuario de las mismas. En: Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2007. p.280

2.2.1 Vínculo contractual entre concesionario y usuario. “Contrato de peaje”.

Las sentencias que se pronuncian en este sentido sostienen que el vínculo entre el usuario y la concesionaria es de carácter privado, y que éste nacería con el pago del peaje⁴¹. En Argentina, donde existe abundante jurisprudencia al respecto, Rinesi nos indica que “la obligación que se deriva del incumplimiento de la obligación de mantener en debida forma de conservación una autopista frente al automovilista, es de naturaleza contractual y no extracontractual, porque el automovilista accede a ella mediante al pago al concesionario de una suma en concepto de peaje”⁴², afirmando que la naturaleza del peaje no puede sino ser una contraprestación de carácter

⁴¹ En este sentido: Corte Suprema, “Bravo Cisternas, Freddy y otros con Concesionaria Autopista del Aconcagua”, Rol 6370-2009; Corte de Apelaciones de San Miguel, “Ortega Bustamante, Ángel con Autopista Central”, Rol 272-2010: considerando Décimo argumenta que “es de suyo evidente que nos encontramos en presencia de carácter contractual que nace de la prestación del servicio”; Corte de Apelaciones de La Serena, “Luciano Contreras Gallardo con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A”, Rol 179-2011 en su considerando Séptimo señala que “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 y, de otro, el pago de un valor prefijado para ello, debiéndose tener en consideración que este precio o peaje no se encamina sólo a financiar un servicio público que se presta sin un interés superior de quien lo provee, sino que, por el contrario, la sociedad concesionaria es un quien actúa motivad, como es natural, por el afán de obtener una legítima ganancia”.

⁴² RINESI, Antonio. 1998. La desprotección de los usuarios viales. Revista de Derecho de Daños. N° 3. p. 116.

privado⁴³. No obstante lo anterior, hay autores que no están de acuerdo con esta tesis, por cuanto estiman que la distinción entre el usuario que paga peaje del que no paga viola la garantía constitucional de igualdad ante la ley, estimando que “todo automovilista por el solo hecho de circular por una carretera concesionada está legal y procesalmente habilitado para reclamar al ente concesionario vial el daño sufrido a causa de alguna anomalía en el corredor concesionado, independiente de que el siniestro haya tenido lugar antes o después del pago del peaje”⁴⁴.

La doctrina Argentina que sigue la posición contractualista se basa en la contraprestación que importaría el peaje jurisprudencialmente “tiene su origen en un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala F en autos “Abba, Miguel A. y otra con Huarte SACIE y otros s/sumario”, donde se sostuvo que la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de la obligación de mantener en debida forma de conservación esa vía frente al automovilista es de naturaleza contractual y no extracontractual”⁴⁵. Citando este fallo se indica que “La responsabilidad que se deriva del incumplimiento de la obligación de mantener en debida forma de

⁴³ *Ibíd.*, p. 114.

⁴⁴ PIROTA, Martín. Compendio Jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 526

⁴⁵ PADILLA, Rodrigo y ARIAS CAU, Esteban Javier. 1997. “La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las privatizaciones (concesionarias de peaje).*Revista La Ley*, tomo 1997-F, p.1425

conservación esa vía frente al automovilista es de naturaleza contractual y no extracontractual, porque el actor accedió a la autopista mediante el pago al concesionario de una suma en concepto de peaje, como contraprestación por hacer posible la circulación en los términos del contrato administrativo de concesión, que le otorgó la explotación, conservación y mantenimiento de la obra. No puede argumentarse que haya habido un incumplimiento alguno por parte de la Comuna, pues no forma parte de ese contrato, sino que lo fue el concesionario, quien no controló en debida forma el trayecto, cerciorándose de que ningún obstáculo se interpusiera en el camino de los automovilistas, poniendo en peligro sus bienes y sus personas”⁴⁶.

“Dicha responsabilidad contractual del concesionario está dotada de un factor de atribución de carácter objetivo cuyo fundamento es el deber de garantía y seguridad”⁴⁷

2.2.2 Jurisprudencia.

En Chile, una de las sentencias más emblemáticas que se han pronunciado en este sentido se dictó en la causa caratulada Bravo Cisternas

⁴⁶ Cámara Nacional Civil, Sala F, “Abba Miguel A. y otra v. Harte S.A. y otros”, 15/5/1992. EN BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. 1992. “Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella”. Revista La Ley, tomo 1992-D, p. 194

⁴⁷ PADILLA, Rodrigo y ARIAS CAU, Esteban Javier. Op. Cit. p. 1427

Freddy y otros contra la Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A., pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema y redactada por la abogado integrante Maricruz De la Torre Vargas. Dicha sentencia, señala en su considerando Quinto que “el régimen de concesiones de obras públicas da origen a distintas relaciones jurídicas de carácter público o privado según sea con quien contrata el concesionario. [...] Por una parte, las relaciones jurídicas establecidas entre el personal adscrito al funcionamiento de la concesión del servicio y la conexión son de tipo privado y se rigen por el derecho laboral; estos no son funcionarios públicos. Por otra parte, el usuario del servicio en relación con la concesionaria está en una situación contractual, vinculado por un contrato de derecho privado”⁴⁸. Siguiendo esta línea argumentativa, sigue en su considerando Sexto “que, habiéndose establecido (que la relación) entre el concesionario y el usuario es de derecho privado, procede clasificar el contrato existente entre ellos como bilateral, consensual, oneroso y conmutativo”⁴⁹. Respecto a la denominación jurídica y a las características específicas de este contrato, nos encontramos con que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente no hay unanimidad para su clasificación, aunque todos lo consideran una relación regidas por el derecho privado. Es así que la jurisprudencia francesa

⁴⁸ Corte Suprema “Bravo Cisternas, Freddy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, Rol 6370-2009.

⁴⁹ En este sentido véase Corte Suprema “Ramírez M. Juan y otro con Ruta de Los Ríos Concesionaria S.A.”, Rol N° 2911-2011.

estima que este contrato es una estipulación a favor de otro, del que resultan relaciones directas entre el usuario y la concesionaria. Por su parte, la doctrina española habla de “contratos de autopista” y la ley argentina lo denomina “contrato de peaje”, entendiendo que éste “es aquel en que la empresa prestadora se compromete a brindar al usuario un servicio a cambio de una prestación (pago de una tarifa o precio del peaje)”⁵⁰.

En el citado fallo, la Corte estima que “respecto a la denominación jurídica y a las características específicas de este contrato, nos encontramos con que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente no hay unanimidad en su clasificación, aunque todos lo consideran una relación regidas por el derecho privado”. En cuanto a este punto, estamos en total desacuerdo. Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el servicio prestado por la autopista es de carácter público, por ende la relación entre usuario y concesionario debe regirse por las normas de derecho público, lo que garantizará de manera eficaz los derechos de quien resulte lesionado. Una vez decretada la existencia la relación contractual entre la concesionaria y el usuario vial, la obligación infringida por la concesionaria sería la denominada “obligación de seguridad”⁵¹, la que se

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ De igual forma, se ha sostenido “Que, 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 ésta como aquella falta de diligencia y cuidado que los

desprende de los artículos 23, 24 y 35 de la Ley de Concesiones. El fallo en comento, a este respecto señala en su considerando undécimo que “ se colige que al ser la Ruta 5 Norte, una obra vial cuya finalidad es ser una carretera de alta velocidad, para cumplir con las exigencia de normalidad del servicio, éstas deben estar despejadas, libres de toda perturbación y “dando estricto cumplimiento a las normas de seguridad, entre las cuales podemos mencionar el buen estado de las barreras divisorias entre los predios colindantes y la autopista” (Considerando Décimo Quinto de la Sentencia de primera instancia”. Siguiendo este orden de ideas, el incumplimiento contractual nace desde el momento en que se produce el accidente cuya causa tenga relación con una falta de diligencia en la prestación de los servicios, en especial a la obligación de seguridad ya mencionada.

hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, como lo indica el artículo 45 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. 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.”, Corte de Apelaciones de Santiago, Moya Acevedo, Ángel Gabriel, causa Rol 9196-2009.

2.2.3 Nuestra posición.

No obstante la interpretación incorrecta de las normas, y en especial, la creencia errónea acerca de la naturaleza jurídica del peaje, la aplicación del estatuto jurídico de la responsabilidad contractual favorecería a las víctimas en tres aspectos:

1. Prescripción. En cuanto a la prescripción de la acción de indemnización que de acuerdo al artículo 2515 del Código Civil es de 5 años, mientras que en sede extracontractual es de 4 años;

2. Carga de la prueba. En materia de prueba, de acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, la víctima debe probar la existencia del vínculo contractual, en este caso el peaje. Luego, de acuerdo al artículo 1547 existe una presunción de culpabilidad del deudor, en el sentido de que deberá acreditar que actuó con la diligencia exigida en el contrato y en la ley o que se configura un caso fortuito que impidió que se lleve a cabo;

3. En algunos casos, las demandantes optan, además, acogerse al régimen de derecho del consumidor.

A nuestro parecer, la doctrina de la responsabilidad contractual de las sociedades concesionarias debe desecharse por los siguientes motivos:

1. Naturaleza jurídica del peaje. Es errado asemejar o denominar al peaje como precio por uso del servicio. La doctrina nacional es mayoritariamente conteste en negar el carácter de precio o contraprestación privada al peaje, de manera tal que no existe contrato celebrado entre el usuario vial y la sociedad concesionaria. En sentencia de 9 de marzo de 2011, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia revocó la sentencia de primera instancia que condenó a la sociedad concesionaria demandada por responsabilidad contractual. En su considerando Octavo sentencia que “en lo que concierne al primer requisito en examen y que se alude en la consideración pertinente, preciso es dejar asentado que en forma doctrinaria y jurisprudencial existe opinión mayoritaria en torno 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”⁵².

Agrega en el considerando Noveno que “para arribar a dicha conclusión es

⁵² Corte de Apelaciones de Valdivia, “Ramírez M. Juan y Otro con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”, Rol C-750-2010. En este proceso, el Tribunal de alzada revoca la sentencia apelada que condena a Ruta Concesionaria Los Ríos S.A. a pagar cierta suma de dinero a los demandantes, declarando en cambio que se rechaza la demanda en todas sus partes, no estando obligado el demandado en autos a realizar ningún pago por concepto de compensación.

claro advertir que la conexión de obra pública es un contrato administrativo entre el Estado y un tercero, quién está obligado para esos efectos a realizar una obra, y siempre en tal situación el pago no va a ser efectuado por el otro contratante, sino que por los usuarios de la pista concesionada, a través del sistema de peaje, sin que exista en manera alguna entre la concesionaria y el usuario una relación contractual, toda vez que la tarifa o valor que se entra 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”. El tribunal de alzada no se limita a señalar que el peaje constituye un gravamen, sino que además da a entender que este carácter se deriva necesariamente de la relación jurídica existente entre el concesionario y la Administración del Estado, de carácter público.

En sentencia de 6 de Junio de 2011, también dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, se señala en su considerando Decimocuarto que “la tarifa o peaje que cobra por el servicio adjudicado (la concesionaria), se encuentra regulada por la referida ley (Reglamento de la Ley de Concesiones), suscrito por las partes [...] Las normas contenidas en la Ley y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, establecen en consecuencia, que la tarifa que el concesionario cobra al usuario por el servicio prestado, consiste en un tributo, considerando que el titular de la ruta es el Estado y no el concesionario. En

consecuencia, el peaje pagado por el usuario de la ruta o carretera, no transforma el servicio, en un contrato civil entre la empresa y el automovilista. El concesionario, es el adjudicatario de la licitación respectiva, la que a su vez contiene las bases que contempla la tarifa establecida por los órganos del Estado y que debe pagar el usuario de la ruta”.⁵³⁵⁴

En este sentido, el profesor Fernando Rabat argumenta que la naturaleza jurídica de la carretera, impide que el servicio prestado por la sociedad concesionaria pueda ser objeto de un contrato civil. El artículo 589 del Código Civil, señala a los caminos como bienes nacionales de uso público, lo que se reconoce posteriormente en el artículo 1º de la Ley de Concesiones y 24 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Luego, el derecho a usar este bien nacional de uso público puede quedar sujeto a restricciones o condiciones fijadas mediante ley. “Así las cosas, la carretera concesionada es un bien

⁵³ Corte de Apelaciones de Valdivia, “Ebner O. Constantino con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”. Rol C-118-2011.

⁵⁴ En este mismo sentido un fallo que sentó precedente en Argentina señaló que “la responsabilidad a juzgar en situaciones como la exhibida en el proceso –accidente acaecido en ruta adjudicada por concesión a una empresa privada facultada al cobro de peaje-no es contractual, sino extracontractual. El peaje no constituye la contraprestación del usuario hacia el concesionario por la utilización de dicha ruta, sino que se trata de un tributo regulado en la concesión otorgada por el Estado, a efectos de pagar los gastos generados por la construcción, conservación o uso de la vía, cuyo deudor en sentido primario no es el usuario sino el concedente”. Pronunciado por la Cámara Civil y Comercio, San Nicolás, Argentina, “Navarro, Eduardo J. v. Servicios Viales S.A. s/cobro de pesos por daños y perjuicios”, 21/3/1996. EN GALDÓS, Jorge. 1999. “Visión jurisprudencial de la responsabilidad de los concesionarios de rutas por peajes”. Revista Jurisprudencia Argentina, tomo 1999-V, p.1330

nacional de uso público cuyo ejercicio puede limitarse al cumplimiento de ciertas exigencias o condiciones, como lo es el pago del peaje o tarifa, la que, por ende, no tiene el carácter de una contraprestación propia de los contratos onerosos, como lo sería el de Autopista”⁵⁵. Siguiendo la misma línea argumentativa, agrega que si bien es la propia sociedad concesionaria quien recolecta este gravamen, este hecho no altera su naturaleza, cuya regulación y mecanismo de fijación se regula en el Contrato de Concesión en la que define a la tarifa como “la contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario, regulado en el contrato de concesión”, de este modo, y según Rabat Celis, la tarifa queda ligada por el Reglamento a la sociedad concesionaria, de manera tal que más que un derecho para la concesionaria, sería una obligación, ya que el usuario es un es tercero ajeno al contrato de concesión. Si solamente el Fisco puede recolectar los tributos, entonces, entre la concesionaria y éste existe una especie de mandato o diputación para el cobro, en los términos del artículo 1576 del Código Civil⁵⁶.

2. Relación jurídica entre usuario y concesionario vial. Como hemos sostenido a lo largo de nuestro trabajo, la relación existente entre el concesionario vial y el usuario es de carácter público. El contenido de esta relación está reglada por

⁵⁵ RABAT CELIS, Fernando, Op. cit., p. 281

⁵⁶ Ibíd. p. 284.

normas de Derecho Público, tal como lo señala el artículo 21 de la Ley de Concesiones. Así lo señala Dolores Rufián, para quien “la obligación del usuario de pagar la tarifa es una obligación de Derecho Público que nace de la Ley de Concesiones y que, en cada concesión se manifiesta a través del Decreto Supremo de Adjudicación”⁵⁷. En este sentido, el usuario vial goza de todos los derechos y garantías que la Constitución Política de la República garantiza a todos los usuarios de los servicios públicos prestados por el Estado, y en este caso, por la sociedad concesionaria. Es evidente la desprotección del usuario frente a la concesionaria al catalogar aquella relación como contractual, despojándolo de derechos consagrados en la Constitución, y dejándolo al ámbito contractual privado. Así, para Rufián, “la tarifa es el precio del servicio básico prestado por el concesionario, por lo que su naturaleza se aparta del tributo y es una tarifa o precio; en definitiva el pago que realiza el usuario de una vía concesionaria, pago que es percibido por el concesionario y no por el Estado, constituye una tarifa y no un tributo”⁵⁸. Por otro lado, en Argentina, se ha establecido que la tarifa percibida a través del peaje tiene naturaleza tributaria para la Administración y para el usuario. Para el concesionario, en cambio, es sólo un medio para percibir el precio de su gestión, pero cuyo

⁵⁷ DOLORES RUFÍAN, Dolores, Op. cit. 9, p. 144.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 147.

verdadero deudor no es el usuario, sino la propia concedente⁵⁹. Entender el peaje como una contraprestación contractual traería consecuencias no deseadas para el legislador, entre ellas dejar en desprotección al usuario vial frente al concesionario que, sin tener los mismos incentivos, no mantendría la ruta en óptimas condiciones o disponible para todos los habitantes de la república sin discriminación. Conjuntamente con lo anterior, fácil sería para el concesionario eximirse de responsabilidad con la excepción de contrato no cumplido.

Por otro lado, dejaría en total incertidumbre al usuario que sin pagar aún peaje ha entrado en la autopista. En este sentido, el legitimado activo se reduce severamente al aplicar este criterio, por ejemplo, técnicamente los pasajeros de un transporte público no pagan el peaje, por ende no podrán demandar a la sociedad concesionaria por los daños ocasionados con motivo de su acción u omisión ilícita. En consecuencia, no cabe sino concluir lo contradictorio que resulta la existencia de dos clases de estatutos jurídicos aplicables para usuarios que son víctimas de un mismo hecho fatal.

⁵⁹ PIROTA, Martin. Op. cit. p. 419.

2.3 Estatuto del Derecho del Consumidor.

2.3.1. Doctrina.

La doctrina que estima que existe una relación de consumo entre el usuario vial y el empresario concesionario, señala que el artículo 1° de la Ley 19.946 es completamente aplicable al automovilista de autopista concesionada. De acuerdo a la mencionada disposición son consumidores “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales bienes o servicios.” Luego, señala que “Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que son proveedores de bienes o servicios habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.” Por aplicación del artículo 2° bis del mismo cuerpo legal, procedería el estatuto de derecho del consumidor al usuario vial de autopista concesionada, ya que “Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes específicas salvo: a) Materias que éstas no prevean [...]; c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual,

conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

Señala el artículo 3° letra d) del mismo cuerpo legal que el consumidor tiene derecho a la seguridad en el consumo de servicios, la protección de la salud y el del medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que pudieren afectarle. En este sentido, el prestador de servicios naturalmente riesgosos, debe proporcionar todas las medidas de seguridad que tiendan a minimizar los riesgos inherentes a la actividad y, del mismo modo, debe otorgar una completa, íntegra y oportuna información tanto de los riesgos que implica el servicio, como de las medidas de seguridad proporcionadas y su debida aplicación.

A pesar que no ha tenido un tratamiento más acabado en la doctrina nacional, en Argentina existe extensa literatura sobre la aplicación de las normas de derecho del consumidor en el régimen de responsabilidad de las concesionarias. En este sentido, ante la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor el concesionario es un proveedor de servicios viales, por lo que se extendería una relación de consumo con los usuarios viales. Posteriores

cambios en dicha ley, hicieron que se ampliara la noción de usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza servicios como destinatario final, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (en nuestro caso podría tener legitimación activa el peatón, persona o pasajero transportado que resulten damnificados al momento de trasladarse por el espacio concesionado a causa de algún defecto de mantenimiento o conservación de la carretera o incumplimiento de algunos servicios que debe brindar el concesionario al usuario como auxilio mecánico o médico –primeros auxilios-, extinción de incendios, colocación de postes de emergencia a la vera del camino)⁶⁰. Asimismo señala Pirota que por otra parte, la ley 24.240 protege al consumidor y al usuario en la esfera contractual, pero no lo hace fuera del contrato, y recordemos que la relación existente entre el concesionario y usuario excede el ámbito contractual⁶¹. Desde otro punto de vista, dicho cuerpo legal sanciona en su artículo 40 que “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El

⁶⁰ PIROTA, Martín. Responsabilidad de los concesionarios viales y la Ley de Defensa del Consumidor: Nueva doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. p.7. [en línea]. [fecha de consulta: 26 enero de 2014]. Disponible en: <http://www.martindiegopirota.com.ar/articulos/Responsabilidad%20concesionarios%20viales%20y%20ley%20defensa%20consumidor.pdf>

⁶¹ PIROTA, Martín. Op. cit. 44, p. 516

transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.” Agrega en su inciso segundo que “[l]a responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. Esta disposición, explica Rinessi, haría extensiva su aplicación al Estado “por ser el que ha otorgado esos servicios, mediante el contrato de concesión de obra, al empresario vial. Es decir que el Estado quedaría comprendido en la cadena de comercialización como el sujeto que ha generado el servicio”⁶². A este respecto, se ha dicho que la relación de derecho público existente entre la Administración y el concesionario no es óbice para que el Estado pueda ser alcanzado por una norma de Derecho Privado como es el artículo 40 de la ley 24.240⁶³.

Al respecto, el autor argentino Ricardo Luis Lorenzetti ha señalado que “en efecto, la relación entre el usuario de un servicio público y el proveedor, está regulada como una relación de consumo, independientemente del carácter contractual o extracontractual [...]”⁶⁴.

⁶² RINESSI, Antonio. Op. cit., p. 133

⁶³ SAGARNA, Fernando. Jurisprudencia sobre responsabilidad de las concesionarias de rutas por peajes, en *Juris, La Ley*. 1998. p. 191. EN: RINESSI, Antonio. Op. cit., p. 133

⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. 1998. Concesionarios viales: ¿En qué casos hay responsabilidad? La responsabilidad de los concesionarios viales. *Revista de Derecho de Daños*, p. 164.

La relación contractual, entonces, nacería con el pago de peaje, así se ha establecido en la jurisprudencia “e independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo”⁶⁵, en consecuencia, “al consumidor o usuario le son aplicables los principios *in dubio pro consumidor*, el deber de información y demás pautas de la Constitución Nacional y la ley 24240 (en particular, arts. 5, 6 y 40)⁶⁶. El fallo en comento sentó un precedente en Argentina, toda vez que fue una de las precursoras en la aplicación del estatuto de Derecho del Consumidor, Boragina y Meza en comentario a este fallo señalan que “las garantías constitucionales que amparan prioritariamente los bienes en juego (interés de la concesionaria y del usuario dañado), deben ser necesariamente ponderadas en relación a las frías y abusivas reglas que pretenden imponer los actuales dueños del mercado nacional, como única manera de alcanzar una solución justa”⁶⁷. Agregan que además este tipo de fallos tendría un efecto de tipo “preventivo”, en este sentido señalan que “ la importancia adicional que reviste este tipo de fallos consiste en consagrar, elípticamente, una valiosa forma de prevención, calidad que implica

⁶⁵ GALDÓS, Jorge. 1999. “Visión jurisprudencial de la responsabilidad de los concesionarios de rutas por peajes”. Revista Jurisprudencia Argentina, tomo 1999-V, p. 1330.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge. 2000. “La responsabilidad de los concesionarios de rutas: un fallo ejemplar”. Revista Jurisprudencia Argentina, tomo 2000-IV, p. 206.

superar la mera protección de intereses individuales para trascender a los colectivos y difusos, grave e impunemente afectados al presente”, según los autores para las empresas concesionarias es menos gravoso invertir en prevención que reparar el daño ocasionado al usuario accidentado.

Siguiendo este orden de ideas, en el estatuto de derecho del consumidor, el proveedor de un servicio debe prestarlo en condiciones de seguridad, de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física del usuario. En el caso de responsabilidad por accidentes en autopistas concesionadas, no solamente se traduce en mantener en buen estado las vías y la infraestructura, sino que además “el concesionario debe velar por el cuidado y vigilancia de los corredores que estuvieran comprendidos en la concesión, y en tal sentido arbitrar medios adecuados para ejercer esta vigilancia en todo su recorrido en forma permanente. No hacerlo será asumir todo el peso de la obligación de seguridad incumplida”⁶⁸. De igual, es imperante que “haya una información adecuada y minuciosa, necesariamente veraz, que permita que el usuario tenga todos los elementos de evaluación para desarrollar un comportamiento acorde lo que va a realizar, que será el tránsito por la ruta concesionada”⁶⁹. De esta

⁶⁸ RINESSI, Antonio. Op. cit., p. 127

⁶⁹ *Ibíd.* p. 125.

forma la información que debe brindarse al usuario se concretará en los adecuados señalamientos de las rutas, en lo que concierne a las vías de circulación, a la ubicación de las vías, a la delimitación y caracterización de las mismas, al debido señalamiento en casos de obras u obstáculos, de todas aquellas indicaciones o informaciones que deben suministrarse al usuario al ingresar en la vía, antes o después de pagar el peaje. Esta obligación de información es continua y permanente, y debe proveer al usuario de todo lo necesario para que la conducción se realice sin tropiezos ni inconvenientes. La información que se brinde debe ser oportuna, adecuada y satisfactoria. En Argentina, la Cámara Nacional Civil falló que “las señales indicadoras no sólo deben ser medios aptos para cumplir su objetivo –advertir a los transeúntes alguna circunstancia relevante para su seguridad- sino que también deben resultar en sí mismas inocuas para terceros. El fin último de la señalización vial debe ser el resguardo de la vida e integridad de quienes transitan”⁷⁰.

2.3.2 Jurisprudencia.

A propósito del estatuto de responsabilidad contractual, existe jurisprudencia reciente que estima que si bien existe una relación contractual

⁷⁰ Cámara Nacional Civil de Argentina, “Fernández, Marta con Saint Lare, Armando y otros”. EN: PIROTA, Martín. Op. Cit. 44, p. 623

civil entre la concesionaria y el usuario vial, acoge las demandas que interpuestas en sede de Derecho del Consumidor. Aun cuando no existe mucha acogida dentro de la jurisprudencia, los argumentos utilizados para condenar a la sociedad concesionaria no se apartan de los utilizados en otros estatutos normativos, se reitera el deber de seguridad que debe guardar la sociedad concesionaria para con los usuarios viales. En este sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia de 3 de agosto de 2012 señala en su considerando Séptimo que “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 por un lado, de una ruta o camino con determinadas características y, de otro, el pago de un valor prefijado por ello, debiéndose tener en consideración que este 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 es quien actúa motivada, como es natural, por el afán de entre una legítima ganancia”⁷¹. En este caso, si bien la víctima del accidente no había pagado aún el peaje, la Corte señala que “la calidad de consumidor o usuario para los efectos de la ley aludida, no sólo la posee quien ha contratado un servicio, sino que también la persona, que se encuentre en disposición de pagar tal servicio

⁷¹ Corte de Apelaciones de La Serena, “Luciano Contreras Gallardo contra Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua”, Rol C-179-2011.

(peaje) por el uso de una ruta concesionada, por cuanto atendida la naturaleza del mismo, de acuerdo a las reglas de la experiencia, resulta posible ingresar desde un camino secundario a la carretera concesionada y desplazarse por este hasta el lugar destinado a pagar el precio por su uso, única interpretación lógica que permite entender la utilización del vocablo “consumidor”, que emplea por ejemplo el inciso 2° del artículo 15 (de la ley 19.946), y la inclusión de la falta del inciso 1° de la misma disposición, dentro de las normas de dicha ley, la que, entonces, no se limita a las personas que hayan efectivamente adquirido bienes o servicios”. Posteriormente, en su considerando Noveno señala que “en virtud de la relación existente entre concesionario y el usuario, la primera adquirió las obligaciones cuyo incumplimiento se enmarcan en la Ley 19.946, sobre los Derechos de los Consumidores, responsabilidades civil e infraccional que tienen también su sustento normativo en las disposiciones contenidas en la Ley de Concesiones, en el Decreto Supremo 845 de 14 de octubre de 1996, tramitado el 21 de febrero de 199 (sic), que adjudicó el contrato de Concesión de la Obra “Ruta 5 tramo Los Vilos – Santiago y en las Bases de Licitación de esta Obra”⁷²⁷³.

⁷² Ídem.

⁷³ Otro fallo que se pronuncia en el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, Huerta Gómez, Víctor Manuel con Sociedad Concesionarias Rutas del Pacífico S.A., Rol 7152-2003.

2.3.3 Nuestra posición.

De la misma forma que expusimos en más arriba en el punto 4.1 de este trabajo, rechazamos esta teoría. Particularmente, no podemos catalogar esta relación como de “consumo”, puesto que los caminos públicos son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la nación toda, y que es entregado en concesión, sin que el Estado pierda el dominio sobre estos. Asimismo, si aceptáramos esta teoría, aún no está bien determinado si la esfera de la relación de consumo se extendería a los pasajeros del vehículo, a quienes no pagaron la tarifa del peaje o a quienes se encuentran casualmente en la autopista. Por último, agregamos que el hecho que la Ley de Concesiones no establezca reglas de procedimiento destinadas a hacer efectivas las normas de responsabilidad en ella contenidas, no faculta a los jueces de policía local para aplicar las normas de Derecho del Consumidor. En nuestra opinión, no es posible aseverar esta relación como de consumo, puesto que nuestra tesis se construye en base a la relación de derecho público existente entre el usuario vial y el concesionario, y el usuario vial y la Administración del Estado. Como hemos venido señalando, el deber de seguridad está contenido en normas de derecho público y su origen recae en la naturaleza misma de la concesión, esto es la prestación modalizada de un servicio público.

2.4 Responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual es aquella que nace de un hecho antijurídico no convencional, que genera el nacimiento de la obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado en otra persona o patrimonio. El hecho dañoso se genera por la infracción de un deber de conducta que puede estar definido a priori en la ley o a posteriori por construcción judicial.

En la determinación de responsabilidad de las sociedades concesionarias es considerado el deber de cuidado que es transgredido y que causa daño en la persona o bienes del usuario lesionado. El común denominador de los juicios relacionados con accidentes en autopistas concesionadas son las interpretaciones de los artículos 23 y 35 de la Ley de Concesiones y 62 inciso segundo del Reglamento de la Ley de Concesiones, respecto de los cuales se colige la existencia de este deber de cuidado. Aparentemente estas disposiciones establecerían un régimen de responsabilidad objetiva o estricta, bajo el cual se presume la responsabilidad de la concesionaria por la sola ocurrencia del accidente. Estas disposiciones son generalmente utilizadas en los fundamentos de Derecho en las demandas deducidas por las víctimas demandantes. No obstante lo anterior, esta tesis ha sido superada en reiterada jurisprudencia de la Corte de Suprema, condenando

a las sociedades concesionarias por el régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa, en los términos del Código Civil.

2.4.1 Responsabilidad subjetiva o por culpa.

2.4.1.1 Doctrina.

Los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual, latamente estudiados, son la acción u omisión con culpa o dolo del hechor, el daño ocasionado a una persona o su patrimonio y el nexo causal entre el acto u omisión culposo o doloso y el daño a una persona o a su patrimonio. La aplicación de los artículos contenidos en la Ley de Concesiones y su Reglamento, mencionados más arriba, deben ser interpretados conforme las reglas generales de responsabilidad extracontractual, esto es según los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. La consecuencia directa de la aplicación práctica de este régimen es la carga de la prueba que recae sobre la víctima en juicio, quien deberá probar la infracción culposa o dolosa de las normas relativas al deber de cuidado exigido a la sociedad concesionaria para con los usuarios viales y el daño ocasionado a su persona o patrimonio con motivo de aquella contravención culposa o dolosa.

En igual modo, se ha propuesto por la jurisprudencia y un sector de la doctrina que en contra de las empresas concesionarias existirá una presunción de culpa en los términos del artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de esta norma, según Alessandri, arriba a una presunción del hechor por el hecho propio. De acuerdo al autor, los ejemplos dispuestos en este artículo son meramente ilustrativos, los que por sí solos demuestran negligencia. “Para que se aplique la presunción bajo este concepto resulta necesario, ante todo, que la cosa o la actividad hayan estado bajo el control del demandado, pues no puede presumírsela culpa si el daño ocurre fuera de su ámbito de cuidado”⁷⁴. De esta manera, una vez probado el hecho causante del daño, la empresa concesionaria debiera probar su diligencia. Particularmente, en responsabilidad de las empresas concesionarias por accidentes viales. No obstante, esta tesis es minoritaria y no es acogida en la jurisprudencia, confirmando la responsabilidad bajo los términos del artículo 2314⁷⁵.

Se distingue entonces, la responsabilidad subjetiva por culpa ordinaria y con inversión de la carga de la prueba. Lo exigido por tribunales se ha denominado como “agotamiento, que supondría la imposición de una prestación

⁷⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p. 152

⁷⁵ Séptimo Juzgado Civil de Santiago, “Borjes Muñoz, María Teresa con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol, Rol C-3421-2003.

a la concesionaria de imposible cumplimiento. En España, la doctrina y la jurisprudencia aún no es pacífica respecto de este punto⁷⁶, esto debido a que la ley de concesiones de obra pública española 13/2003, no establece la relación jurídica que se genera con motivo del uso de la autopista, sino que solamente señala la obligación por parte del usuario a pagar el peaje. Por otro lado, en Argentina, José María Azar sostiene que la responsabilidad objetiva de las concesionarias proviene de la infracción a la obligación de señalización, la cual sería una típica obligación de resultados, pues asegura un efecto determinado⁷⁷.

En este sentido, para Rabat “será menester que se indique por el actor cuál ha sido la norma quebrantada, cuál ha sido la obligación específica omitida por la Sociedad Concesionaria que deriva de su marco jurídico no sólo formado por la Ley de Concesiones y su reglamento, sino que también por las Bases de Licitación y la oferta de adjudicación, como lo señala el artículo 50 inciso 1° del Reglamento”⁷⁸. Agrega que la antijuridicidad de una acción u omisión de la concesionaria sólo se configurará en la medida que exista una norma específica

⁷⁶ SÁNCHEZ ALBARRÁN, Oscar. 2009. Autopistas de peajes y animales: La imposible prueba del agotamiento de la diligencia. Diario La Ley. N°7279.

⁷⁷ AZAR, José María. 1999. La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en Rutas. Incumplimiento del deber de señalización. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. p. 1051

⁷⁸ RABAT CELIS, Fernando, Op. cit., p. 293.

incumplida, es decir a una obligación claramente impuesta a la Sociedad Concesionaria. El autor va más allá y señala que el artículo 62 del Reglamento indica que la Sociedad Concesionaria deberá adoptar todas las medidas para evitar daños a terceros. Aquello no debe ser tomado en un sentido irrestricto, primero porque esta norma no excluye el imprevisto⁷⁹, y en segundo lugar, porque hay ciertas atribuciones que no le corresponden a la sociedad concesionaria, por ejemplo ejercer policía de caminos o cercar predios ajenos. En Argentina se ha entendido de esta manera, por cuanto un sector de la doctrina estima que “desde el punto del Derecho Público (el Estado) tiene el Poder de Policía [...] para accionar contra las personas o propiedades privadas, que se encuentren sobre el corredor vial y que impidan la libre circulación. [...] Existe en cabeza del Estado la obligación de control y vigilancia de las obligaciones del concesionario (poder de policía legal); aparece así una responsabilidad objetiva que se funda en el incumplimiento de sus funciones

⁷⁹ A este respecto, en Argentina existe numerosa jurisprudencia acerca de la responsabilidad de las concesionarias por animales en la vía. Se ha estimado que para la sociedad concesionaria es un hecho imprevisto el cruce de animales en las autopistas. En este sentido, un fallo emblemático sostuvo que “los hechos dañosos que ocurran con motivo o en ocasión del uso del camino público por quien paga peaje para transitar por él quedan regidos por las normas de la responsabilidad extracontractual. No se controvierte que el choque fue con una vaca de la que la demandada no es dueña ni guardiana. [...] Pero para que esto ocurra es preciso que la causa del siniestro radique en algo inherente a la ruta en sí misma (mal estado del pavimento, rotura, baches, montículos, etc.) o en la falta de indicaciones o señalización, iluminación o demás elementos que ordinariamente posibilitan la normal circulación de los automotores”. Sentencia pronunciada por Cámara Nacional Civil, Sala G, “Carnelli, Juan O. con Nuevas Rutas S.A.”, EN POCLAVA LAFUENTE, Juan. 1992. “Accidentes causados por animales en rutas otorgadas en concesión”, Revista La Ley, tomo 1992-D, p. 337

específicas”⁸⁰. De igual manera, “esta facultad (retirar animales sueltos en la vía) no sólo se superpone a las ya gravosas obligaciones que tienen los concesionarios por las leyes, pliegos generales y particulares, y reglamento de explotación del camino, sino que desde el punto de vista normativo jurídico dicha facultad no es compatible con la circunstancia de que estas empresas no son titulares del poder de policía y seguridad como para incautar animales”.⁸¹

2.4.1.2 Jurisprudencia.

Los tribunales superiores han aceptado pacíficamente que “pesa sobre la sociedad concesionaria para con el usuario de una ruta concesionada la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la concurrencia de accidentes en aquella”⁸². Asimismo, se ha establecido “Que tratándose del resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en

⁸⁰ HISE, Mónica y ROSELLO, Gabriela. “Peaje”. Buenos Aires, Argentina. Revista Jurisprudencia Argentina, año 2000, tomo 2000-IV, p. 1113.

⁸¹ YMAZ VIDELA, Martín Rafael e YMAZ COSSIO, Esteban Ramón. “Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas”. Buenos Aires, Argentina, Revista Jurisprudencia Argentina, año 1997, tomo 1997-F, p. 1026.

⁸² Corte de Apelaciones de Santiago, “Canales Valenzuela, María con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán”, Rol C- 2330-2005. La Corte de Apelaciones de Santiago, condena a la sociedad concesionaria Ruta 5 Sur Tramo Talca Chillán S.A. a pagar una indemnización de perjuicios por daños a los familiares sobrevivientes de un conductor que resultó muerto producto del choque de su automóvil con un ciclista y tres caballos. Ello, al interior de una carretera concesionada. En el fallo de segunda instancia, se señala que existiría responsabilidad objetiva por parte de la empresa concesionaria, basándose en la normativa de las bases de licitación y el contrato de concesión celebrado entre ella y el Fisco de Chile.

carreteras o rutas concesionadas conforme a la aludida doctrina de casación [responsabilidad estricta], 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. [...] no resulta posible sostener el régimen de responsabilidad aplicable 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.”⁸³. Así las cosas, en estos términos

⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago. “González Vergara, Jorge con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán”. Rol C- 3311-2009,

nosotros postulamos que no es suficiente la aplicación de los artículos del Código Civil para determinar cuál es el nivel de diligencia exigida a la sociedad concesionaria. Las obligaciones de las concesionarias en materia de seguridad, emanan tanto de la ley como de los demás cuerpos normativos que la tratan⁸⁴.

2.4.1.3 Nuestra posición.

Nosotros no compartimos la tesis expuesta anteriormente, por cuanto postulamos que el artículo en comento es parte de un conjunto de normas que establecen un deber de conducta general de la sociedad concesionaria, el que consiste en la prestación de servicio en condiciones de seguridad para con los usuarios de ella. Por ejemplo, supongamos que una sociedad en particular se adjudica la concesión de una ruta, y ni en el decreto de adjudicación ni en las bases de licitación se establece la obligación de cercar las pasarelas peatonales, la concesionaria no podrá argumentar que no responderá de los daños ocasionados por terceros que lancen objetos a vehículos en movimiento por no estar contemplada en la normativa aplicable aquella obligación.

⁸⁴ En este mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, “Cabezas Muñoz, Edith y otros con Rutas del Bosque Sociedad Concesionaria S.A.”, rol 483-2012: “fundada en las normas del derecho común, si el incumplimiento de deberes de cuidado y particularmente del deber de seguridad que le es exigible a la concesionaria en los términos recién descritos, ha causado un daño a los demandantes. De existir tal incumplimiento, ello no puede sino ser culpable, por tratarse de deberes impuestos por la ley y el reglamento”.

Tampoco podrá alegar que es un hecho imprevisto o que por tratarse de un hecho delictual del tercero que lanza el objeto no puede detener aquél hecho por no corresponderle las labores de policía y fuerza pública para tal efecto. Aquellas defensas son incongruentes con la naturaleza misma de la concesión, y con el deber de seguridad que se debe tener para con los usuarios viales. Los niveles de exigencia que se esperan de una sociedad concesionaria son siempre mucho más altos que una actividad ordinaria de carácter privado. Ante la pregunta, ¿puede el concesionario tomar medidas de seguridad que no estén contempladas en las bases de licitación, contratos de concesión y decretos de adjudicación?, podemos responder que sí. La concesionaria tiene como imperativo legal proteger a los usuarios viales frente a hechos previsibles, de manera tal de suprimir o reducir el daño que se pudiera ocasionar. De esta manera, y como hemos venido reiterando, a las sociedades concesionarias les es aplicable el estatuto de responsabilidad por falta de servicio, por lo que aquella pasarela debe ser cercada si allí existe un alto tráfico de personas que hacen previsible cualquier evento que altere el normal funcionamiento del servicio y que ocasione daños a los usuarios. El artículo 23 de la ley de concesiones establece que el estándar normativo de responsabilidad es la “normalidad”, el que interpretado de manera aislada no establece un “deber de cuidado que excede al que normalmente rige respecto del mantenimiento y

señalización de calles y caminos de conformidad con la Ley de tránsito”⁸⁵. En la legislación argentina, ocurre algo similar, señalando que “Del examen de las normas que rigen las respectivas concesiones, se verifican cuáles son las responsabilidades del concesionario. En particular, corresponde destacar la obligación de asegurar el tránsito normal, suprimiendo las causas generadoras de molestias, inconvenientes o peligros.”⁸⁶. Al respecto, Martín Pirola ha referido que “[...] el art. 25 del Reglamento de Explotación de las Concesiones Viales, exigen al ente concesionario la facilitación de la circulación por el camino ininterrumpidamente durante las 24 horas del día, en condiciones de absoluta normalidad, debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios; otorgándosele, además, la facultad de restringir la circulación cuando razones de seguridad o de urgente reparación así lo exijan.”⁸⁷

⁸⁵ BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit., p. 746.

⁸⁶ SARMIENTO GÜEMES, Manuel. Op. cit., p.1169.

⁸⁷ PIROLA, Martín. [en línea] [fecha de consulta: 22 junio de 2014]. Disponible en: <http://www.mercadoasegurador.com.ar/adetail.asp?id=246>.

2.4.2 Responsabilidad objetiva o estricta.

Podemos definir la responsabilidad objetiva o estricta como aquella que se configura con la existencia del daño y la relación causal de hecho dañoso, prescindiendo del factor culpabilidad del hechor. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2314 del Código Civil sólo se podrá imputar responsabilidad al hechor si ha actuado con dolo o culpa. De lo anterior se colige que, en principio, este régimen de responsabilidad es de carácter excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, dado que rige ciertas actividades que generan un riesgo inherente, como la generación de energía nuclear, en la que basta la concurrencia de un daño causado con motivo del desarrollo de la actividad riesgosa para que se genere la obligación de indemnizar, sin que sea necesario realizar un juicio de valor. La imputación es reemplazada por el concepto de riesgo y debe estar sancionado de manera expresa en la ley. De esta manera, la responsabilidad objetiva de las concesionarias para la doctrina y jurisprudencia está fundada en el riesgo creado en el desarrollo de la actividad, por lo mismo es de carácter excepcional en el ordenamiento jurídico.

2.4.2.1 Doctrina.

Se ha construido en base a una interpretación literal del artículo 35 de la Ley de Concesiones un estatuto que, según algunos autores, “establece un régimen de responsabilidad objetiva, al disponer 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”⁸⁸. En el mismo sentido se interpreta el artículo 23 de la Ley de Concesiones y los artículos 62 y 63 del Reglamento. Sin embargo, de acuerdo a Rabat, estos artículos “consagran un sistema para distribuir la responsabilidad interna entre la Sociedad Concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas, en términos tales que, de existir un hecho del cual surja responsabilidad conforme al sistema general de imputación subjetiva, las consecuencias que se deriven de tal hecho deben, en definitiva, ser soportadas por la Sociedad Concesionaria y no por el Fisco de Chile”⁸⁹.

⁸⁸ KLENNER, Arturo. Demanda de indemnización de perjuicios por daños personales o patrimoniales en el tránsito en vías concesionadas: Una aproximación desde la práctica y la jurisprudencia. Santiago, Editorial Aremi. p. 86.

⁸⁹ RABAT CELIS, Fernando. Op. cit., p. 290.

2.4.2.2 Jurisprudencia.

En la Jurisprudencia, el fallo de la Corte Suprema en el juicio caratulado Canales Valenzuela, María con Ruta Cinco Tramo Talca Chillán S.A. y otro establece ilustrativamente que “no puede ser base de la tesis que pretende objetivar esta responsabilidad lo preceptuado en el artículo 35 del D.F.L. 164 [...] Ciertamente esta regla 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 misma⁹⁰. Lo razonado se desprende claramente de la atenta lectura del precepto, en el que no aparece que se excluya de la obligación indemnizatoria de un juicio de culpabilidad”⁹¹. Asimismo agrega que “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 esta responsabilidad estricta sin base en precepto legal”. En este caso, el deber de cuidado establecido en la Ley de Concesiones exige un estándar de “absoluta normalidad”, lo que ha sido interpretado en un sentido

⁹⁰ En este sentido véase: 5° Juzgado Civil de Santiago, “Fernández Gómez, Víctor con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A”., causa Rol C-15481-2006; Corte Suprema, Lazo Barra con Fisco y Autopista del Maipo, causa rol 6562-2009.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, “Canales Valenzuela, María con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán”, Rol C- 2330-2005, considerando vigésimo cuarto.

literal, de modo tal que se infringiría por el sólo hecho de encontrarse y colisionar con un animal en la pista de circulación de la ruta concesionada.⁹²

Otro fallo indica que “que, entonces, de acuerdo con el texto legal citado en el motivo anterior (artículo 35 del D.S. 900 del año 1996)⁹³, la falta de servicio es una responsabilidad objetiva, pero aún así debe existir, necesariamente, una relación de causalidad entre la explotación de la obra y los daños causados a terceros para hacer procedente la responsabilidad extracontractual”.⁹⁴

Dentro de otro plano de ideas, las consecuencias de adoptar este criterio de manera generalizada puede llevar la consecuencia de desfavorecer la prevención de accidentes en las autopistas. Al estar determinada a priori la responsabilidad de la sociedad concesionaria, esta no tendrá incentivos para cumplir con las obligaciones impuestas en las normas legales en relación con la seguridad de los usuarios viales. Es decir, por responder por todo daño y ante

⁹² Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Avilés Sepúlveda, María Eliana con Fisco de Chile y otro”, Rol C- 77-2010. La corte de Apelaciones de Valparaíso revoca el fallo y condena a la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Indica que ésta no ha tenido el cuidado al que se encuentra obligada de acuerdo al artículo 23 del Decreto N° 900, esto es, a facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias o peligros para los usuarios de las vías.

⁹³ El paréntesis es nuestro.

⁹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, “Galdames Morales, Héctor con Camino de la Madera”, causa Rol 2761-2003

todo evento, sería un despropósito además invertir en todas las medidas de seguridad exigidas si se va a responder incluso en ante hechos completamente imprevistos.

2.4.3 Nuestra posición respecto de la responsabilidad de la concesionaria según las normas de Derecho Privado.

Para finalizar el presente capítulo, analizaremos el fallo pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema el 20 de agosto de 2012, en la causa caratulada “Herraz Díaz, Nancy con Autopista del Sol”⁹⁵. Dicha causa refleja fielmente lo que implica acoger una tesis netamente privatista de la responsabilidad de las autopistas concesionarias, en contraposición a nuestra propuesta, la que se encauza más bien por la existencia de un deber de seguridad contenido principalmente en la Ley de Concesiones de Obra Pública y su Reglamento. Este imperativo jurídico, es más que la interpretación literal de las disposiciones contenidas en los citados cuerpos normativos. Como señala el Considerando Cuarto del fallo en comentario “la caída de una piedra lanzada por terceros desde fuera y hacia la ruta o camino, constituye un episodio ajeno al tránsito vehicular y cuya ocurrencia no tiene la virtud de hacer nacer la

⁹⁵ Corte Suprema. “Herraz Díaz, Nancy con Autopista del Sol”, causa Rol 2282-2010

responsabilidad de la concesionaria, pues la única forma de evitar un hecho similar sería encerrando la autopista totalmente, a lo cual la empresa Autopista del Sol S.A. no se obligó según su marco normativo y reglamentario”. Esta parte de fallo, no considera el artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obra pública impone al concesionario “prestar el servicio 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 servicios obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación”. De esta manera, el empresario concesionario deberá tomar las medidas necesarias que aseguren que el automovilista no se enfrente a ningún imprevisto en toda la extensión de la autopista. Ciertamente, que estas medidas se encuentran enumeradas en los distintos cuerpos normativos a los cuales se somete la empresa concesionaria durante la fase de explotación, pero es cierto también que aquellas medidas nunca serán suficientes para asegurar la absoluta normalidad a la que se refiere el artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obra Pública. Es decir, la omisión o no exigencia de medidas particulares de seguridad, como la instalación de mallas durante toda la extensión, no faculta al concesionario a desentenderse de esta situación. Volviendo al fallo, la Corte reitera en el considerando Undécimo que “por otro lado, del análisis de los documentos señalados como asimismo del contrato de concesión, bases de licitación y su marco regulatorio,

no aparece que exista obligación para la demandada de cercar la autopista en toda su extensión y altura de manera de impedir todo evento dañoso”. Creemos que la Corte está errada, puesto que el deber de seguridad no está establecido para evitar todo evento dañoso, sino más bien aquellos que son previsibles y evitables. En este sentido, pues, el deber de seguridad exigirá al concesionario tomar las medidas que supriman o disminuyan los riesgos, aún cuando estas no estén consideradas en las bases de licitación. No existe contravención a estas normas, sino que una complementación para evitar daños que son previsibles. No debemos olvidar que la empresa concesionaria está encargada de prestar un servicio, de alto interés público. En consecuencia, nuestra propuesta se enfoca en establecer un criterio único de responsabilidad en todo camino público, concesionado o no. Lo anterior se comentará con más detalle en la parte final de este trabajo.

CAPÍTULO 3° - RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACION DEL ESTADO POR DAÑOS EXPERIMENTADOS POR
USUARIOS.

3.1 Inactividad en el ejercicio de sus deberes de inspección y vigilancia.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el entendimiento de que la Administración no puede desentenderse de aquellos deberes que le son impuestos por mandato legal, estamos contestes con la opinión del profesor Claudio Moraga Klenner, quien señala que “quizás el más relevante subproducto del fenómeno privatizador de activos públicos y de transferencia de funciones administrativas hacia los privados es la *regulación*, que, como tal, es un subsistema dentro del gran sistema conformado por el Poder de Dirección, Fiscalización y Control de la Administración”⁹⁶.

Tanto nuestra doctrina, como la jurisprudencia nacional⁹⁷, han reconocido que la Administración del Estado puede ser responsable por

⁹⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. Op. cit., p. 223.

⁹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, “Gómez Zúñiga, Julio contra Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A y otro”, Rol 8162-2009 12) Que no resulta aceptable la excepción del Fisco de Chile en cuanto a que un inspector fiscal habría inspeccionado y vigilado permanentemente el cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato de concesión, toda vez que si en la realidad se produjo el hecho ilícito causante del daño cuya indemnización demandan las víctimas, es porque tal labor de inspección y vigilancia no fue realizada adecuadamente, sino que en forma imperfecta que impidió detectar las

accidentes ocurridos en carreteras concesionadas, al existir inactividad en el ejercicio de sus deberes de inspección y vigilancia. Dichos deberes, le son impuestos de acuerdo a lo señalado por el Capítulo VIII de la Ley de Concesiones, “De la inspección y vigilancia de la Administración”, específicamente en su artículo 29 inciso segundo, el cual señala que “Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la de explotación de la obra”. De lo anterior, se esgrime que es deber del Ministerio de Obras Públicas fiscalizar y vigilar el cumplimiento efectivo por parte de la concesionaria, de las obligaciones que emanan del contrato de concesión, tanto en la etapa de construcción, como en la explotación misma de la obra. Por ello, si la empresa concesionaria no cumple las obligaciones emanadas de dicho contrato, el ente estatal, en su deber de vigilar el cumplimiento de éstas, incurre en culpa, toda vez que si en la

posibles causas del ilícito de autos; 27° Juzgado Civil de Santiago, “Varas Boetsch, Miguel con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y Otro”, Rol C-10375-2004 12) Que a mayor abundamiento, la responsabilidad del Fisco encuentra también explicación y base en que éste no ha cumplido con su deber de vigilancia y cuidado de la obra ejecutada, pues si censurable es la negligencia por la que se hace responsable a la Concesionaria por no prever y contemplar protocolos de seguridad frente a eventos como el vandalismo, tanto o igual de reprochable es que, el ente Fiscal, que tiene por mandato constitucional asegurar a todas las personas "el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona", omite exigir y no supervigile a las concesionarias que explotan las obras sujetas a dicho régimen jurídico, normas y procedimientos de seguridad en la infraestructura anexa a la autopista como son los pasos de nivel y pasarelas que atraviesan la misma, pues el no concluir en tal sentido implica además violar la garantía constitucional de la igualdad ante las cargas públicas, contemplado en el artículo 19 N° 20 de nuestra Carta Constitucional, pues implica que la concesión se transformaría en el vehículo jurídico por el que el Estado traslada su responsabilidad a los privados en las obras de utilidad pública, dejando a los administrados a merced de los eventos que pudieren ocurrirles, y sin poder reclamar la responsabilidad de la autoridad en casos como el estudiado donde el o los autores generalmente del hecho no son encontrados.

realidad se produce un hecho ilícito por parte de la concesionaria, causante de algún daño y cuya indemnización posteriormente se demanda, es porque tal labor de inspección y vigilancia no se llevó a cabo en forma adecuada, lo cual impidió detectar con anticipación, las posibles futuras causas de hechos dañosos. La labor de inspección y vigilancia por tanto, no es facultativa del Ministerio de Obras Públicas, sino que es un deber, emanado de la ley. Al respecto, Klenner señala que “si hay un resultado dañoso en la circulación por una vía concesionada, tal no procede exclusivamente por un acto o una omisión de la concesionaria respectiva, sino que también concurre la falta de fiscalización del ente respectivo, que acusara oportunamente el incumplimiento por acción u omisión, a fin de evitar a tiempo los daños resultantes⁹⁸”. En base a lo anterior, la Administración incurre en inactividad en el ejercicio de su deber de inspección y vigilancia desde que su pasividad se transforma en una infracción a un deber de actuación impuesto por el ordenamiento jurídico, y que es materialmente posible.

El señalado artículo 29 de la Ley de Concesiones se refiere a este deber de inspección y vigilancia en términos genéricos, por lo que la labor del juez en este caso, será trascendental, debiendo considerar una serie de factores al momento de fallar: exposición de la víctima al daño, previsibilidad de éste,

⁹⁸ KLENNER, Arturo, Op. cit., p. 107.

denuncias anteriores respecto a la existencia del riesgo, obligaciones asumidas por la empresa concesionaria, etcétera.

Al hablar de un incumplimiento del deber de inspección y vigilancia, estaríamos frente a una inactividad por parte de la Administración del Estado, es decir, frente a una no-actuación. El Estado entonces, estaría comprometiendo su responsabilidad por no haber actuado, siempre claro está, que dicha inactividad importe a su vez, una falta de servicio. En consecuencia, el Estado responderá, a falta de norma expresa, por su omisión: “a) la existencia de un interés normativamente relevante; b) la necesidad material de actuar para tutelar ese interés, y c) la proporción entre el sacrificio que importa el actuar y la utilidad que podría reportar”⁹⁹.

Lo anterior, se sustenta además en los artículos 18 y 29 inciso tercero de la Ley de Concesiones, por cuanto el Ministerio de Obras Públicas frente a un incumplimiento por parte de la empresa concesionaria, podrá imponer las sanciones y multas que las Bases de Licitación establezcan.

No obstante lo anterior, es importante dejar en claro que este deber de inspección y vigilancia por parte de la Administración del Estado,

⁹⁹ HUTCHINSON, Tomás. 1998. “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”. Revista de Derecho de Daños, año 1998, número 3, p.304.

específicamente por el Ministerio de Obras Públicas no es, ni puede ser, un absoluto, pues tal como señala el aforismo clásico “a lo imposible, nadie (ni aún la Administración del Estado) está obligado”. Por ello, la actuación no realizada por parte del Ministerio de Obras Públicas debe haberse podido llevar a cabo. Este deber no puede significar un seguimiento total y absoluto de la actividad de la Sociedad Concesionaria, pues esto en términos racionales, es imposible.

Este deber de inspección y vigilancia, se lleva a cabo por parte del Ministerio de Obras Públicas, a través de la figura del Inspector Fiscal, “que es la contraparte directa e inmediata de la sociedad concesionaria en el desarrollo del contrato, tanto en su etapa de construcción como de explotación”¹⁰⁰, pues toda comunicación entre la empresa concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas, se llevará a cabo a través del Inspector Fiscal. Éste, es un funcionario público, profesional, nombrado por el Ministerio de Obras Públicas y dependiente de éste, “a quien el Director General de Obras Públicas le haya encargado velar directamente por la correcta explotación de la concesión, y en general por el cumplimiento del contrato en esta etapa”¹⁰¹. Así, “el deber de la Administración de velar por el servicio público que presta el particular significa dotarla de un correlativo poder público: la atribución de policía que permite

¹⁰⁰ VIÑUELA HOJAS, Mauricio, Op. cit., p. 49.

¹⁰¹ Bases de Licitación Concesión Internacional Ruta 5: Tramo Santiago – Los Vilos Sociedad Concesionaria Tribasa Chile S.A., punto 1.5.2. inciso quinto.

intervenir con más o menos intensidad en la gestión del contratante, con facultades de dirigir la forma y modo en que deberá cumplirse el objetivo del contrato.¹⁰²”

La justificación del deber de inspección y vigilancia que recae sobre el Ministerio de Obras Públicas a través de la figura del Inspector Fiscal, radica principalmente en que dicho Ministerio no puede desprenderse de las actividades que son, inicialmente, de su competencia, “puesto que lo que cede al concesionario es la gestión o explotación pero se retiene siempre la titularidad del servicio”¹⁰³.

Respecto a la competencia del Inspector Fiscal, éste posee una serie de atribuciones, relacionadas por ejemplo, con la aprobación de proyectos y con la ejecución del contrato de concesión en el tiempo y la forma en que son estipulados. Su rol, se vincula directamente con la figura del Director General de Obras Públicas, pues es el Inspector Fiscal quien le informa acerca del funcionamiento del contrato, le propone multas ya establecidas en las Bases de Licitación respectivas, y le entrega órdenes a la Sociedad Concesionaria para llevar a cabo el cabal cumplimiento del contrato.

¹⁰² MORAGA KLENNER, Claudio, Op. cit., p.224.

¹⁰³ RUFIAN LIZANA, Dolores, Op. cit. 9, p. 90.

El Título V del Reglamento de de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, titulado “De la Fiscalización del Contrato de Concesión”, desarrolla las atribuciones y funciones de la figura del Inspector Fiscal, tanto en la etapa de construcción (artículo 39), como en la etapa de explotación (artículo 40). Al respecto, dispone que durante la etapa de explotación, el Inspector Fiscal, fiscalizará el contrato de concesión y tendrá todas las atribuciones y funciones que le señalen las Bases de Licitación. Entre ellas, podemos destacar las siguientes:

- Entregar a la Dirección General de Obras Públicas los reportes que esta Dirección solicite, relativos a la gestión de la concesión.

- Fiscalizar el cumplimiento:

- De las normas técnicas sobre la conservación de las obras.
- De las normas técnicas sobre la operación de las obras.
- Del plan de trabajo.
- Del reglamento de servicio de la obra.
- Del cobro de tarifas.
- De las exigencias ambientales del proyecto.

- Proponer la aplicación de multas.
- Todas las que correspondan al Inspector Fiscal de la etapa de construcción relacionadas con la ingeniería de los proyectos y la construcción cuando se realicen obras durante la fase de explotación.
- Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.
- Entre otras.

En Argentina, de acuerdo a lo señalado por Martín Diego Pirota, “rige el principio de confianza en la normalidad o seguridad del tránsito, sobre todo en autopistas y semiautopistas, que se traduce en que el conductor confía que durante la circulación no va a encontrarse con molestias y/o inconvenientes u obstáculos en virtud del deber de vigilancia que tiene el concesionario de peaje”¹⁰⁴.

En relación con este deber de inspección y vigilancia, creemos necesario plantear la siguiente pregunta: ¿Existe algún límite para la Administración del Estado, con el cual pueda satisfacer dicho deber? A su respecto, creemos que sí, ello, pues una vez realizada la respectiva fiscalización por parte del ente Fiscal a la actividad llevada a cabo por la empresa concesionaria, el primero le

¹⁰⁴ PIROTA, Martín. Inseguridad Vial. ¿Quién es el responsable? p.2. [en línea]. [fecha de consulta: 25 de enero de 2014]. Disponible en: [http://www.martindiegopirota.com.ar/articulos/Inseguridad%20vial%20\(qui%C3%A9n%20es%20el%20responsable\).pdf](http://www.martindiegopirota.com.ar/articulos/Inseguridad%20vial%20(qui%C3%A9n%20es%20el%20responsable).pdf)

planteará una serie de observaciones necesarias de llevar a cabo para evitar principalmente el daño a los usuarios. Una vez realizado esto, se esperará un tiempo prudente para cumplir con las modificaciones que impliquen dichos reparos, y luego se ejecutará una nueva inspección. Si la sociedad concesionaria no cumple, la Administración del Estado, de acuerdo con los artículos 48 y 49 del Reglamento de la Ley de Concesiones, podrá aplicar a ésta una serie de multas acorde con el número y la gravedad de estos incumplimientos. Más allá de eso, ya no podemos entender que exista falta de servicio, por cuanto el Estado sí cumplió con su deber. Dicha obligación por tanto, no puede ser absoluta.

3.2. Deficiencia en el diseño de la obra vial.

De acuerdo al artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, el diseño de la carretera, corresponderá al Ministerio de Obras Públicas. Este precepto señala “A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación, señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros servicios de la Dirección General de Obras Públicas”. En razón de lo señalado, si un particular sufre una lesión o daño,

provocado como consecuencia de un deficiente diseño de la carretera, implicando ello a su vez, una falta de servicio por parte de la Administración del Estado, podrá dirigir su acción en contra de ésta.

En este caso entonces, estaríamos frente a una actuación lícita de la Administración del Estado, que sin embargo, es deficiente, por lo que su responsabilidad se justificaría en el incremento del riesgo normal de uso del corredor vial para el particular.

Bajo este supuesto, en que la Administración del Estado podría ver comprometida su responsabilidad, surge la dificultad de determinar cuándo nos encontraremos frente a un deficiente diseño de la ruta y qué parámetros utilizar para definir este concepto, pues, no será lo mismo usar como medida comparativa una ruta de país desarrollado (“Highway” norteamericana, “Autostrada” italiana, “Autobahn” alemana, etcétera¹⁰⁵), que una de un país con menor desarrollo. No tomar el debido cuidado al realizar este análisis, nos podría llevar a absurdas conclusiones.

¹⁰⁵ VIAL CORREA, Gonzalo. 2002. El Estado paga. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Número 2, p. 11, EN: ROMÁN CORDERO, Cristian. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia. EN: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Ciudad de México, Mexico, p. 371.

Respecto a este caso, creemos que finalmente la determinación de criterios, a falta de normas particulares al respecto, será tarea del juez, quien establecerá de manera casuística cuándo una deficiencia en el diseño de la carretera vial, ha sido la causa del daño provocado a raíz de un accidente ocurrido en autopistas concesionadas. Esto, a raíz de que no existe un criterio uniforme dentro de nuestra normativa legal que establezca las directrices para determinar de manera clara y precisa cuándo existirá responsabilidad de la Administración del Estado, por errores o deficiencias en el diseño de una carretera concesionada.

Nuestra jurisprudencia, se ha pronunciado al respecto en casos emblemáticos, como Catalán Menares, Mario Edgardo con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. y Canales Valenzuela María con Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A. En el primero de ellos, el 25° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol C-4417-2006 señaló, en su considerando Trigésimo Tercero que “es de conocimiento que el Fisco y las Municipalidades tienen deberes legales de servicio, que les hacen responsables de los accidentes que se deban al mal estado de las vías públicas o a la falta o inadecuada señalización, de acuerdo al inciso quinto del artículo 174 de la Ley N° 18.290 [...] En consecuencia, todo indica que el Estado y las municipalidades conservan una responsabilidad directa por el mal estado de las vías o una inadecuada señalización, sin que les sea admisible la excusa de haber

delegado en terceros la prestación del servicio público”. Por su parte, el considerando Trigésimo Sexto indica “Que, en definitiva, el hecho ilícito lo configura la inexistencia de medidas adecuadas de seguridad frente al ingreso de peatones, como asimismo la inadecuada protección en el puente del canal Tuzano, las que, en caso de haber existido como tal, habrían evitado las consecuencias que los demandantes invocan [...]”. Por su parte, en Canales Valenzuela María con Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A., nuestra Corte Suprema, en causa Rol 6919-2008 ha señalando, en el considerando Trigésimo tercero “Esta regla guarda correspondencia con la pauta normativa y técnica entregada por la Dirección de Vialidad en el Manual de Carreteras, que establece en el punto 3.802.3 que sea en curva o en recta se debe considerar la instalación de defensas; si existe una posibilidad de accidente o si la altura del terraplén o en el terreno abrupto provocan una sensación de inseguridad en el conductor. Los sectores que pueden presentar condiciones adversas de neblina, hielo o nieve o sectores de camino con tránsito de alta velocidad o elevado volumen, justifican la consideración de defensas”. A su vez, y en esta misma línea argumentativa, el considerando Trigésimo cuarto indica “Que en dicha línea argumental, este Tribunal comparte el planteamiento enunciado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto efectivamente pesa sobre la sociedad concesionaria para con el usuario de una ruta concesionada la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de

accidentes en aquélla, la que en el caso que se analiza fue incumplida. En efecto, como lo expone el fallo impugnado, existía un deber de implementar barreras laterales, resguardo que era necesario en razón de lo que se puntualiza por los jueces, esto es, considerando las especiales características del camino o autopista y su entorno”. A su respecto, Diez Schwerter ha manifestado que “en estos casos se sostuvo que es inequívoco que en la sociedad demandada recae el deber de seguridad en la explotación y conservación de las rutas concesionadas, lo que en la especie implicaba la implementación de barreras laterales consideradas las particulares características del tramo en que ocurrió el accidente y su entorno o que la falta de implementos de seguridad adecuados en la zona de ocurrencia del accidente constituye una infracción a un estándar de cuidado y entrega de adecuados servicios a los usuarios de la vía concesionada.”¹⁰⁶

Otro fallo que podemos mencionar al respecto, es Combeau Trillat, René Ernesto con Rutas del Pacífico S.A. y el Fisco de Chile, dictado por nuestra Corte Suprema en causa Rol 6229-2010. Al respecto, el Tribunal Supremo rechazó el Recurso de Casación en el Fondo, desestimando de esta manera la demanda deducida en autos. No obstante ello, podemos destacar al respecto el

¹⁰⁶ DIEZ SCHWERTER, José Luis. 2012. La responsabilidad civil del concesionario de 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. N° 38. Ver: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100003&script=sci_arttext#footnote-32977-84-backlink.

voto en contra del señor Ministro Sergio Muñoz, quien señaló: “1) Que se tuvo por acreditado como hecho de la causa que en el cruce donde se produjo el accidente existía una barrera de contención que se iniciaba en forma de espolón o cola de pez. Al ser colisionada por el vehículo manejado por el demandante, parte de esa estructura se introdujo al interior del móvil, provocando la muerte de dos pasajeras que fueron alcanzadas directamente por dicha armadura.” Además, señala que “2) Que según el Instructivo de Barreras de Seguridad (fojas 546) de enero del año 2000, elaborado por el Departamento de Seguridad Vial de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, al referirse a los terminales de una barrera, consigna: “Los terminales de inicio y fin de una barrera en ningún caso deben convertirse en obstáculos que constituyan por sí mismos un peligro adicional [...]”. En el caso en comento, podemos observar la deficiencia existente en el diseño de la barrera de contención, la cual nace en forma de cola de pez o espolón, y no desde el suelo, por lo que el usuario, al impactar contra ella, no es “contenido”, sino que dicha barrera ingresa a la cabina del automóvil produciendo graves lesiones a quienes viajaban en él.

No podemos dejar de mencionar el caso del Estero Minte¹⁰⁷, hecho ocurrido el día 07 de Mayo de 1995, cuando las lluvias que afectaron a la zona, provocaron el desplome de una parte de la carretera que une las localidades de

¹⁰⁷ <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/fisco-pagara-millonaria-indemnizacion-por-tragedia-del-estero-minte/2002-01-09/182800.html>

Puerto Varas y Ensenada, en la Décima Región de Los Lagos. El juicio terminó por avenimiento entre los familiares de las víctimas y el Consejo de Defensa del Estado. Inicialmente, en sede Civil, se había condenado al Fisco de Chile a pagar 3.600 millones de pesos a las familias¹⁰⁸, pues se logró probar la falta de servicio. El terraplén que se había construido adolecía de una serie de deficiencias en su estructura, tanto por su altura como en la composición de los materiales utilizados en su construcción. La alcantarilla que estaba emplazada debajo del camino tenía la misión de encauzar las aguas, por lo cual debía estar limpia y sin ramas, lo cual, no ocurrió¹⁰⁹. La jueza del 1° Juzgado del Crimen de Puerto Montt, doña María Eugenia Concha, estimó en la sentencia de primera instancia que en la fiscalización realizada por parte de la Dirección de Vialidad a los caminos, existían una serie de falencias: no se había cumplido con las normas mínimas de construcción, mientras que las alcantarillas y puentes de la Décima Región fueron inspeccionados en un mes por una sola persona, quien, calculando por horas de trabajo, sólo tenía alrededor de un minuto para revisar cada puente.¹¹⁰

¹⁰⁸ Yunge Raddatz y otros con Fisco de Chile. 1° Juzgado del Crimen de Puerto Montt. Rol N° 6.863 – 1995.

¹⁰⁹ http://www.ellanquihue.cl/prontus4_notas/site/artic/20050507/pags/20050507225835.html

¹¹⁰ <http://www.13.cl/t13/reporteros/la-tragedia-del-estero-minte>

Por su parte, también podemos mencionar el caso del Puente Loncomilla¹¹¹, el cual, el día 18 de Noviembre de 2004 se desplomó, cayendo 10 personas al río del mismo nombre. A su respecto, nuestra Corte Suprema¹¹² condenó al Fisco de Chile, argumentando que el Estado incurrió en falta de servicio, pues de manera previa, ya tenía conocimiento de las deficiencias estructurales que presentaba el puente, accediendo a su reparación de manera tardía.

Dentro de la deficiencia de diseño, y alejándonos de la temática de las carreteras, nos encontramos con el fallo de nuestra Corte Suprema, en causa Rol 8895-2009 caratulada Rojas Ortiz, Aida y otros con Ministerio de Vivienda y otros¹¹³, más conocida como “el caso de las Casas COPEVA”¹¹⁴. En dicho fallo, el Tribunal Supremo señaló que “5) En cuanto a la recepción definitiva, la Dirección de Obras debe verificar que la construcción se haya efectuado conforme al permiso de edificación debiendo constatarse la existencia de las

¹¹¹ <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/06/27/310463/condenan-al-fisco-por-caida-de-puente-loncomilla.html>; <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/12/680-416723-9-fisco-debera-pagar-96-millones-a-afectados-por-caida-de-puente-loncomilla.shtml>

¹¹² Fallo unánime de los señores Ministros Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, María Eugenia Sandoval y el abogado integrante Jorge Medina.

¹¹³ Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sergio Muñoz, Sonia Araneda, María Eugenia Sandoval, el Ministro Suplente Juan Escobar y el Abogado Integrante Arturo Prado.

¹¹⁴ <http://diario.latercera.com/2012/10/25/01/contenido/pais/31-121361-9-suprema-ordena-reparar-con--1734-millones-a-592-familias-por-casas-copeva-de-p.shtml>

certificaciones para la dotación de los servicios correspondientes, previa inspección de la obra [...] En el caso específico de autos el artículo 2 bis del Decreto Supremo N° 235, dispone que será obligación de las entidades organizadoras, contar con servicios de inspección técnica de obras. El inciso segundo de este precepto, dispone que la inspección técnica tendrá la obligación de velar porque la obra se ejecute de acuerdo a los planos y especificaciones del respectivo proyecto aprobado, al contrato de construcción, a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y demás normas aplicables en la materia.”; “8) Que conforme a lo reseñado y al marco jurídico que regula la actividad del SERVIU, corresponde a este no sólo una labor de financiamiento de los proyectos sociales de vivienda, sino que es quien materializa los planes que le encomienda el Ministerio, por ende, entre otras funciones proyecta y ejecuta edificaciones. En este caso, la construcción se materializó a través de un tercero, que fue contratado por la entidad organizadora, sin embargo, no se ha demostrado por el SERVIU que la proyección del proyecto habitacional haya sido de cargo de dicha empresa Constructora o de un tercero, por lo que siguiendo entonces la regla general, ha de entenderse que la empresa actuó conforme al proyecto ejecutado por el SERVIU dentro de sus funciones sociales de política habitacional.”; “9) Que la falta de servicio ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente como aquella en que el servicio actúa mal, lo hace

tardíamente o no actúa. En lo fundamental la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla [...] En el caso que nos ocupa, el SERVIU era el órgano encargado de llevar a cabo las políticas habitacionales del Ministerio de Vivienda, y en ese contexto participó en el Programa Especial para Trabajadores financiando la construcción de las viviendas básicas construidas en Puente Alto, conforme a su calidad de ejecutor de los planes de vivienda, tal como se contempla en la preceptiva citada en los motivos que anteceden [...]”; “10) [...] de todos modos no es posible excluir de responsabilidad a este órgano de la Administración, puesto que si bien en dichas cláusulas aparece que los planos y especificaciones técnicas fueron elaborados por el contratista, que la fiscalización y control de la obra quedaba a cargo de la Inspección Técnica la cual estaba dirigida por un profesional o profesionales competentes designados por la “CUT”, que era la entidad organizadora, de todos modos el mismo SERVIU reconoce a fojas 1563 en el escrito de apelación, que una de las cláusulas del contrato de construcción decía que “La urbanización y la edificación de las viviendas se hará conforme a los planos y urbanización y especificaciones técnicas, aprobadas por CUT, conforme a las normas impartidas por el SERVIU Metropolitano, la que se entiende formar parte de este contrato” [...] lo cierto es que la cláusula citada es

clara y categórica y viene solo a confirmar la responsabilidad de este demandado en el sentido que los planos y especificaciones técnicas deben adecuarse a las normas que imparta el SERVIU, lo que además resulta concordante con la circunstancia que por ley, el SERVIU ejecuta los planes de vivienda del Ministerio y es quien contribuyó en este caso al financiamiento de las viviendas, en el marco de la política habitacional del Estado.”

3.3 Jurisprudencia y argumentos respecto de la responsabilidad de la Administración del Estado.

En base a la jurisprudencia revisada, hemos podido observar que los particulares lesionados en accidentes producidos en autopistas concesionadas no siempre interponen demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile (Ministerio de Obras Públicas). Además de ello, suele ocurrir que en aquellos casos en que sí lo han hecho, los tribunales de nuestro país finalmente no condenan, entregando argumentos de distinto tipo, pues como pudimos observar, existe una absoluta disparidad en los criterios al momento de fallar.

De la jurisprudencia revisada, pudimos extraer los argumentos que con mayor frecuencia se utilizan para demandar al Fisco de Chile, así como también aquellos que se manejan más a menudo para condenarlo.

a) Argumentos más frecuentes para demandar al Fisco de Chile.

En primer lugar y de manera muy usual, se señala que la autopista en que ocurrió el accidente automovilístico, es una obra pública fiscal entregada en concesión a una empresa particular. Dicho contrato de concesión, no implica por parte de la Administración una renuncia a sus deberes propios e indelegables. La Administración del Estado mantiene las facultades de control y vigilancia, lo cual implica que mantiene la obligación de velar por la adecuada satisfacción del bien común, debiendo cuidar por la correcta gestión de la empresa concesionaria. Dicho argumento, se relaciona directamente con la existencia de un mandato constitucional y legal que obliga a su Administración a hacerse responsable de los daños ocasionados por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, y por los daños ocasionados por falta de servicio.

Por otra parte, se ha señalado a menudo, la existencia de falta de servicio por parte del Estado, al proyectar, concesionar y autorizar una carretera sin cumplir con las normas de seguridad necesarias. El Fisco

de Chile ha procedido a explotar carreteras de alta velocidad sin la respectiva garantía de vigilancia que se le debe entregar a quienes transitan por ella. Es decir, se argumenta la demanda en la falta de inspección y vigilancia en el actuar de la empresa concesionaria, deber que le es impuesto al Estado por la ley, y por regla general, a través de las respectivas Bases de Licitación. Es deber del Estado satisfacer un interés público, así como también supervisar y fiscalizar el desarrollo y ejecución del contrato de concesión. De dicho contrato es que se desprendería la mencionada falta de servicio.

b) Argumentos más frecuentes para condenar al Fisco de Chile.

Como primer argumento para condenar al Fisco de Chile, los tribunales de nuestro país, señalan que el Estado debe asumir su responsabilidad por la labor de planeamiento, estudio, proyección, construcción ampliación, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales y de coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los servicios que lo constituyen, no existiendo ninguna norma con la aptitud para establecer un régimen de irresponsabilidad por las funciones que le son inherentes respecto de las obras y servicios públicos, ni aún a pretexto de proponerse delegarlas en la persona de la empresa concesionaria. Por otra parte, muy frecuentemente se ha planteado que es obligación del Ministerio

de Obras Públicas vigilar y obtener el cumplimiento efectivo por parte de la empresa concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato. Si ésta no cumple con las obligaciones emanadas del contrato en cuanto a mantener la ruta en un estado adecuado para no producir daño a los usuarios, el ente estatal obligado a vigilar el cumplimiento de tal obligación, incurre en culpa, no aceptándose la habitual excepción utilizada por el Fisco en cuanto a que un inspector fiscal realiza la inspección y vigilancia permanentemente del cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato de concesión respectivo, toda vez que si se producen accidentes en la ruta, es porque tal deber de inspección y vigilancia no se ha realizado adecuadamente, sino, de manera imperfecta. Del mismo modo, muy frecuentemente se ha rechazado la excepción de emplear la debida diligencia y cuidado mediante el envío a la Sociedad Concesionaria, por parte del Ministerio de Obras Públicas, de un informe donde se le ordene la reparación de cercos o barreras por ejemplo, pues tal actuación no le exime de responsabilidad, toda vez que no constituye un actuar diligente la mera remisión de observaciones sino que la efectiva verificación posterior de que las reparaciones observadas, se realizaron efectivamente. Esto es, se debe verificar consecutivamente que lo ordenado por el Ministerio, se cumplió. Y en caso de incumplimiento, se deben aplicar las multas a que esté facultado el ente fiscal.

Por otro lado, se ha señalado principalmente por algunos tribunales de primera instancia de nuestro país, que el Fisco no puede apoyarse en normas contractuales que sólo vinculen a las partes que concurren en la licitación, pues su responsabilidad emana del carácter de obra pública de lo concesionado. En base a este mismo punto, se ha indicado que el Fisco no puede desprenderse de su deber constitucional de estar al servicio de la persona humana y de promover el bien común, como lo establece el artículo 1° inciso 4° de nuestra Constitución Política de la República, y menos cuando en ejercicio del principio de subsidiariedad ha entregado a los privados la tarea de emprender obras de utilidad pública. El no actuar en tal sentido implicaría transgredir la garantía constitucional de la igualdad ante las cargas públicas pues la concesión se estaría transformando en el vehículo jurídico por el que el Estado traslada su responsabilidad a los privados en las obras de utilidad pública. En este sentido, los tribunales están concluyendo que de ningún modo es factible que la Administración del Estado, al entregar una ruta en concesión, pueda desligarse de las responsabilidades que pudiesen emanar por los diversos eventos dañosos que pudieren ocurrir eventualmente en ella.

**CAPÍTULO 4° – RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO Y DE LA
ADMINISTRACION DEL ESTADO.**

**4.1 CONCAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES
CONCESIONARIAS DE OBRAS VIALES Y DE LA ADMINISTRACION DEL
ESTADO.**

**4.1.1 Delegación de la responsabilidad del Fisco en las Sociedades
Concesionarias.**

Mucho se ha discutido acerca de la forma en que se presenta la responsabilidad de la Administración del Estado frente a una obra que en principio y por su naturaleza, es una obra pública fiscal, pero que luego es entregada en concesión a un particular para su construcción y/o explotación. Las disputas respecto a este tema, apuntan particularmente a preguntarse si sustituye la responsabilidad legal de la sociedad concesionaria de obras viales a la responsabilidad legal del Estado como titular del servicio. Consecuentemente, la responsabilidad del concesionario no está en discusión, y el problema que se presenta, tiene que ver puntualmente con el Estado.

Tal como señala la doctrina argentina, “la Administración concedente delega en el concesionario la concreción de un fin público que beneficiará a la sociedad, pero para asegurar a los usuarios el goce de la obra se aplican las

convenientes normas del Derecho Público, en virtud de las cuales, el ámbito de libertad del concesionario para ejercer ciertos derechos que garantiza nuestro ordenamiento jurídico se verá limitado desde distintos frentes”¹¹⁵. Así, Manuel Sarmiento explica que “en primer lugar, el concesionario no puede fijar a su arbitrio la suma que el usuario deberá abonar en concepto de peaje [...] Ello se debe a que el concesionario convino –no con el usuario sino con la Administración- explotar la obra sólo por el tiempo necesario para recuperar su inversión y obtener un beneficio razonable, bajo el control del concedente”¹¹⁶. En segundo lugar “la tarifa que se cobre deberá cumplir con ciertos requisitos en favor del usuario: los de proporcionalidad (a la distancia potencial a recorrer), igualdad (todos los que transiten deberán sufragarla) y equidad (el precio deberá ser justo)”¹¹⁷. Por último, “la Administración libremente decide qué obra pública es necesaria, dónde se localizará y con quién contrata su construcción y explotación”¹¹⁸.

En principio, y basando el análisis sólo en la literalidad del numeral dos del artículo 62 del Decreto Ley Número 1.938, el cual señala que “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

¹¹⁵ SARMIENTO GÜEMES, Manuel. Op. Cit., p. 1165.

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

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”, y del artículo 35 de la Ley de Concesiones, se podría pensar en una eventual desaparición de la responsabilidad de la Administración del Estado, ligada entonces, a la única y exclusiva responsabilidad de la empresa concesionaria. Sin embargo, los citados artículos no importan una irresponsabilidad para el Estado, sino un reconocimiento de la responsabilidad de la empresa concesionaria frente al usuario lesionado, pues ninguno de los artículos antes indicados tienen rango suficiente para derogar normas constitucionales y leyes orgánicas constitucionales, que establecen la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños provocados por órganos de la administración.

Respecto a lo anterior, coincidimos con Viñuela Hojas, en el sentido de que no es posible aceptar bajo ningún punto de vista la irresponsabilidad absoluta del Estado, pues, si el legislador le permite delegar sus funciones de construcción y explotación temporal de obras viales a empresas privadas, “ello ha sido motivado, si no exclusiva, principalmente, por el propósito de ofrecer a la población una mejor y mayor cobertura de tales servicios”¹¹⁹, y no dejarla

¹¹⁹ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. 2001. La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales en Chile. *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás. N° 7. p. 37.

indefensa, restringiendo o derechamente suprimiendo sus derechos, cargando además, con la exigencia de probar la negligencia en el actuar de la empresa concesionaria¹²⁰. En tal sentido, Fiamma Olivares señala que “La prueba no debería ser más gravosa para la víctima cuando el daño fuere producto de una falta de la Administración que cuando no. No sería proporcional que, además de soportar el mal funcionamiento o la desorganización (falta de servicio), la ley la sobrecargue con la prueba”¹²¹. De esta forma, si toda la responsabilidad recayese únicamente en la sociedad concesionaria, la relación entre el usuario lesionado y ésta se regiría por las normas del derecho privado, y no por las del derecho público, lo cual derivaría en una menor garantía para la víctima, provocando una clara indefensión. Así, “toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la administración transfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece *iure proprio*”¹²². Boragina y Meza han

¹²⁰ En este sentido ver sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado Civil de Santiago, en causa caratulada Gómez Zúñiga, Julio contra Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A y otro.”, rol C-17544-2007. “El Estado, a través de la Secretaría correspondiente, debe asumir su responsabilidad por la labor de planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales y de coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los servicios que lo constituyen [...] y asimismo, por las funciones de inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones.” Agrega que “Ni la norma legal del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, ni el precepto del artículo 63 del Reglamento respectivo [...] tienen la aptitud para establecer un régimen de irresponsabilidad del Estado por las funciones que le son inherentes respecto de las obras y servicios públicos, ni aún a pretexto de proponerse delegarlas en la persona del concesionario”

¹²¹ FIAMMA OLIVARES, Gustavo, Op. cit., p. 438.

¹²² CASSAGNE, Juan Carlos. 1995. El servicio público y las técnicas concesionales. La Ley. p. 1183.

señalado que “mediante ellas (las concesiones de obra pública) el Estado habría delegado en un particular la prestación material de una de sus funciones inherentes. Ello así, la función “delegada” continuaría siendo pública y su naturaleza jurídica permanecería inalterable, a pesar de ser prestada efectivamente por un concesionario.”¹²³

No existe lógica ni legalmente ningún argumento que sustente la idea de dejar a los usuarios de rutas concesionadas, privados de la posibilidad de demandar la eventual responsabilidad de la Administración del Estado frente a un daño producido en un accidente ocurrido en una carretera concesionada, principalmente, porque ellos son los beneficiados o afectados con este tipo de decisiones, las que son tomadas, de manera autónoma y unilateral, sin la previa y voluntaria aceptación de la población lesionada. De la misma manera, la doctrina argentina ha señalado que “las relaciones entre concesionario y usuario están sujetas a lo establecido en el contrato celebrado entre aquél y la Administración y en el reglamento. El usuario no participa en su elaboración, sino que debe acatarlo o, eventualmente, invocarlo¹²⁴. Al respecto, Vásquez Ferreyra ha manifestado que “[...] no vemos posible que entre dos partes que

¹²³ BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge. 1997. Responsabilidad Civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario. Revista Jurisprudencia argentina. p. 859.

¹²⁴ SARMIENTO GÜEMES, Manuel. Op. cit., pp. 1165-1166.

celebran un negocio jurídico limiten su responsabilidad frente a terceros. En algunas oportunidades se admitió que se pacten cláusulas limitativas de responsabilidad entre las partes celebrantes de un negocio jurídico, pero jamás que éstas limiten su responsabilidad frente a quienes ni siquiera han tenido la posibilidad de intervenir en este acto”¹²⁵. Entonces, a todas luces, no parece justo que el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y haciendo uso autónomo de sus facultades, traspase la construcción y explotación de una carretera a una empresa privada, para luego desligarse completamente de toda responsabilidad frente a los daños o lesiones que puedan sufrir los usuarios de las mismas. Así, es lógico entonces que aquél privado que a través de una concesión de obra pública asume un rol que en principio concierne ejercer al Estado, debe responder, al menos, con los mismos niveles de calidad que corresponderían a este último. El nivel de responsabilidad asumido por las sociedades concesionarias entonces, no puede ser menor que el que hubiese correspondido al Estado. Tal como se ha señalado por la doctrina, la relación Estado-concesionaria “se trataría de una verdadera delegación, por la cual el Estado sólo transfiere el ejercicio de la competencia para efectuar una obra pública y no la titularidad de la misma”¹²⁶.

¹²⁵ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. 1999. La responsabilidad de los concesionarios viales por los animales sueltos en las rutas: otra sentencia en la senda correcta. Revista de Responsabilidad Civil y seguros. p.476.

¹²⁶ HUTCHINSON, Tomás, Op. cit., p. 319.

El sustento jurídico de lo anterior, no está establecido de manera directa ni través de una norma única. Sin embargo, mediante el análisis de los artículos 1° y 22 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas; y 18 y 44 de la Ley 18.575, se puede concluir de manera preliminar que efectivamente, aún cuando exista un contrato de concesión, puede haber responsabilidad del Estado, descartando entonces, que la entrega en concesión de una obra estatal basta para suprimir de manera categórica y absoluta la responsabilidad fiscal.

Por otro lado, y centrándonos en el concepto de servicio público, podemos entender que éste, “[...] tiene por objeto dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general. Procedimiento que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general”¹²⁷. En relación directa con ello, está la *publicatio*, que se manifiesta en nuestra legislación, a través del artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, el cual señala que “Son caminos públicos las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público [...]”. Así, son varios los autores nacionales¹²⁸ que manifiestan acuerdo en el sentido de que el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Concesiones de

¹²⁷ VIÑUELA HOJAS, Mauricio, Op. cit. 119, p. 46.

¹²⁸ Viñuela Hojas; Vargas Fritz.

Obras Públicas, reconoce explícitamente el carácter de servicio público de los caminos de uso público, el cual señala en su numeral primero, que “La obra entregada en concesión es un servicio público [...]”. A raíz de lo anterior, se puede concluir entonces que aún cuando exista delegación en la construcción y/o explotación de las vías públicas por parte del Estado en un tercero particular, éstas continúan teniendo el carácter de servicio público. Tal como señala el profesor Román, “[...] en su fase de explotación, según han planteado algunos autores, importa la prestación modalizada de un servicio público [...]”¹²⁹. Respecto a este punto, podemos considerar además que de acuerdo al artículo 25 de la Ley de Concesión de Obra Pública, una de las características principales de las concesiones, es que tienen un plazo de duración, el cual será determinado por el decreto de adjudicación respectivo, pero que en ningún caso puede ser superior a los 50 años.

Por su parte, la doctrina argentina ha señalado que “las necesidades colectivas que se satisfacen por el procedimiento del servicio público y que justifican la *publicatio* o, en su caso, la declaración legislativa de una determinada actividad que desarrolla los particulares como “servicio público impropio”, conducen a la institución de un régimen jurídico peculiar, que no es otra cosa que un aspecto del llamado “régimen exorbitante” o típico del Derecho

¹²⁹ ROMÁN CORDERO, Cristián. 2006. Una piedra en el camino me enseñó que mi destino era llorar y llorar. Carreteras concesionadas. La semana Jurídica. N° 305. p. 5.

Administrativo, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías”¹³⁰.

A su vez, Maljar añade que “entendemos que, para que haya servicio público, es necesario: a) que la actividad sea de competencia estatal; 2) que tal competencia no pueda ser compartida con los particulares (publicatio plena); c) que la ejecución de la actividad (no así la titularidad de la competencia) pueda ser transferida a los administrados sin afectar ninguno de los atributos esenciales del poder estatal.”¹³¹

En directa relación con lo anterior, el artículo 25 de la ley 18.575 señala que “los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y colectiva [...]”. Así, en el entendimiento de que la actividad de la empresa concesionaria se rige por el derecho público, entonces es lógico comprender que la relación concesionario-usuario también queda sometida a esta área del derecho.

Por otro lado, la actual Ley de Concesiones de ningún modo posee jerarquía suficiente para derogar o modificar la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, específicamente, su artículo

¹³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p.1183.

¹³¹ MALJAR, Daniel Edgardo. Op. cit., p. 1249.

42, el cual genera una responsabilidad de carácter propio e intransferible para el Estado, el cual creemos, se mantiene aún en caso de que exista una concesión de obra pública involucrada, pues tal como señala Viñuela Hojas “la falta de servicio apuntada en tal caso (Ley de Caminos y Ley de Concesiones) corresponde a infracciones a las obligaciones específicas y propias del Estado y de sus servicios y no a infracciones a las obligaciones que por la ley corresponden al concesionario”¹³².

Sustento de lo anterior, es el artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997, el cual cita que “A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas [...]”, a raíz de lo cual, no puede haber duda de que existen espacios de la responsabilidad del Estado que no pueden traspasarse a la responsabilidad de la empresa concesionaria.

A nuestro parecer, una vez que el Estado delega unilateralmente sus funciones de construcción y/o explotación de una carretera en un tercero

¹³² VIÑUELA HOJAS, Mauricio, Op. cit. 119, p. 49.

particular, la responsabilidad del primero no termina ni desaparece por ese solo hecho. Esto, en términos generales respecto de todo servicio público. Para los usuarios, el Estado debe ser garantía última y responsable final frente a los daños que se provoquen en el funcionamiento de un servicio público. Las concesiones de obras públicas no pueden ser utilizadas como una vía para disminuir o eliminar los supuestos de responsabilidad ya existentes y dispuestos para los usuarios, por el ordenamiento jurídico. Consecuencialmente, la omisión lesiva del Estado generará obligación de indemnizar cuando “el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que puede hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas, como la costumbre y los principios generales del Derecho”¹³³. Siguiendo este orden de ideas, aquella obligación no debe ser un mero deber difuso, sino que una obligación cuyo cumplimiento pueda ser compelido a realizar. En este sentido Hutchinson, plantea que “ni la titularidad del servicio, que sigue en manos del Estado, ni el hecho de que el concesionario pueda ejercer algunas funciones públicas por “delegación de la Administración”, permiten convertir la actividad del concesionario en actividad delegada, ni transformar al concesionario en un

¹³³ SCALVINI, Elda Elena y LEIVA, Claudio Fabricio. “Circulación de automotores sin seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por omisión”. VII Congreso Internacional De Derecho De Daños Responsabilidades en el siglo XXI. Ponencia N.64. Asociación de Abogados de Buenos Aires. (En línea) <<http://www.aaba.org.ar/bi20op64.htm>>. Visitado el 20 de junio de 2014.

órgano de la Administración, ni consecuentemente extenderle la responsabilidad. [...] La Administración responde por los daños causados por la actividad del funcionario”¹³⁴¹³⁵.

En el sentido contrario, nos encontramos con autores como Agustín Gordillo, quien señala que “[...] esa responsabilidad (del Estado) se traslada ahora en los contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión”¹³⁶. En base a ello, demandar la responsabilidad del Estado perdería todo sentido, pues de acuerdo a la opinión del autor antes citado, éste goza de muchos beneficios procesales que a su vez, no tienen las empresas concesionarias. En este caso, se está hablando de una “traslación” de las prestaciones del Estado a la empresa concesionaria, y no de una simple “delegación”. Lo cual, para los autores que siguen esta teoría, tendría mucha lógica, pues, la empresa concesionaria, al actuar con fines de lucro y de forma monopólica, presenta

¹³⁴ HUTCHINSON, Tomás. Op. Cit., p. 321.

¹³⁵ Limitando la responsabilidad del Estado, se ha sostenido que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. Pronunciado por Corte Suprema de Argentina, “Ruiz, Mirtha E. y otro v. Provincia de Buenos Aires, 7/11/1989, EN GALDÓS, Jorge. Op. cit., p.1330

¹³⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2003. p. 627.

mayores razones para ser el único sujeto pasivo de una eventual demanda por parte del usuario lesionado.

4.1.2. Responsabilidad solidaria.

Otro aspecto discutido respecto a la temática en comento, es el problema de la concurrencia de la responsabilidad estatal junto a la de las empresas concesionarias. Si bien creemos que la responsabilidad de la concesionaria se presenta como regla general, tal como expusimos en el capítulo II, existen claros casos en que sí podría tener cabida la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado: inactividad en el ejercicio de su deber de vigilancia y deficiente diseño de carretera. Es en estas hipótesis en que se presenta la discusión acerca de la existencia de una acción conjunta en contra de la sociedad concesionaria y del Estado.

Al respecto, Viñuela Hojas ha señalado que consta “un amplio ámbito de responsabilidad fiscal, incluso tratándose de las obras dadas en concesión, en cuanto al estudio de las obras, a la proyección e incluso a la construcción de las mismas, así como a la fiscalización de los deberes del concesionario, especificándose que este último sólo está obligado a la conservación y

reparación de las obras”¹³⁷. Así, es posible sostener que el usuario lesionado puede dirigir su acción indemnizatoria directamente en contra del Fisco de Chile, entendiendo que tal como ya se señaló, éste es garantía última frente a los daños provocados a raíz de accidentes ocurridos en autopistas concesionadas. Ello, no obstante que con posterioridad el Fisco presente acción de reembolso en contra de la empresa concesionaria respectiva por aquello que haya debido pagar en cumplimiento de las sentencias condenatorias de indemnización de perjuicios.

Continuando con el planteamiento central, en base a que el usuario lesionado es una víctima que no se encuentra obligada a soportar el daño provocado, es importante entonces que al producirse la delegación del servicio de parte de la Administración al tercero privado, la víctima pueda reclamar la responsabilidad no sólo del concesionario, sino que también del Estado, pues, de lo contrario, tendrá el deber de probar la malicia o negligencia de aquél. De lo contrario, eventualmente podría producirse una frustración en el actuar de la Administración del Estado en base a un interés público, “haciendo imposible continuar traspasando el costo financiero de las obras a sus usuarios, sin ofrecer a cambio un beneficio equivalente en cuanto a la calidad y seguridad de

¹³⁷ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. 2004. La concesión de obras públicas en Chile. ¿La privatización de la responsabilidad del Estado en la empresa concesionaria? Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de Los Andes. N° 7. p .121.

la prestación que él recibe, para lo cual, la contribución del poder estatal con el concesionario es de primordial importancia”¹³⁸.

En base a la jurisprudencia ya analizada, podemos constatar que de manera poco frecuente, se demanda por parte del usuario lesionado, a la sociedad concesionaria y al Ministerio de Obras Públicas de forma conjunta y solidaria. Al respecto, se puede cotejar que la parte demandante continuamente omite accionar contra el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, y en aquellos casos en que lo hace, no es frecuente que se condene a ambos. Por ello, el tema es controvertido en nuestra jurisprudencia, pues efectivamente existen casos en que sí se ha condenado conjuntamente a la sociedad concesionaria y al Fisco de Chile, pero sin embargo, en otros, se ha rechazado categóricamente la responsabilidad estatal, tanto por los tribunales de primera como de segunda instancia, , “[...] ya sea, entendiéndose que en el régimen de concesiones la regla general es que su responsabilidad indemnizatoria desaparezca, ya sea descartando en el caso concreto dicha responsabilidad por haberse probado por el Fisco que el servicio de fiscalización que debió prestar fue realizado”¹³⁹. Esta situación, sólo acentúa

¹³⁸ VIÑUELA HOJAS, Mauricio, Op. cit. 24, p. 69.

¹³⁹ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Reparación y Prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: Panorama normativo y jurisprudencial, EN: Estudios de Derecho Civil, Jornadas nacionales de Derecho Civil III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007. p. 839.

aún más las incertidumbres existentes en torno al régimen de concesionarias en general, tanto para la doctrina y la jurisprudencia, como para el usuario lesionado y su manera de enfrentar jurídicamente una demanda de indemnización de perjuicios.

4.2 FACTOR COMUN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS DE OBRAS VIALES Y DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO: EL DEBER DE SEGURIDAD.

Las distintas vías destinadas al libre tránsito de personas y vehículos son bienes nacionales, cuyo dominio pertenece a la nación toda, asimismo su naturaleza permite que éstos sean de uso público, por cuanto su uso está permitido para todos los habitantes del país. De este modo, es el Estado quien proporciona este servicio, debiendo propender a entregarlo en conformidad a las disposiciones constitucionales, legales y normativas. No corresponde desarrollar en este trabajo las disposiciones sobre la materialidad del dominio de las franjas de las distintas vías públicas, sino las que tienen directa relación con su disposición funcional, ya sea en su diseño o en el ejercicio de la prestación de aquel servicio. En esta materia confluye un conjunto de cuerpos normativos que se aplicarán dependiendo de la ubicación y destino de los

caminos públicos. Así, si el camino se encuentra dentro de los límites del radio urbano, será la Municipalidad la encargada de efectuar materialmente las medidas tendientes al diseño vial, señalización y mantenimiento de las vías. Asimismo está entregado a órganos de la Administración del Estado como la Dirección de Vialidad o el Servicio de Vivienda y Urbanismo la construcción, diseño, reparación y señalización de distintos caminos públicos en el territorio nacional, según sea establecido por ley o por Decreto Supremo. Por último, existe el régimen de caminos públicos entregados en concesión por el Ministerio de Obras Públicas, según la normativa desarrollada a lo largo de este trabajo. Como es posible observar, confluyen varios cuerpos normativos que regulan el servicio otorgado por el Estado en todos los caminos públicos existentes a lo largo de la nación.

No obstante lo anterior, existe un criterio común al momento de determinar la responsabilidad del Fisco o de la Municipalidad respectivamente, frente a un usuario vial lesionado. El régimen de responsabilidad por falta de servicio, permite uniformar la jurisprudencia y otorgar un criterio garantista frente al usuario que ha sido objeto de una prestación deficiente de un servicio en el que el Estado está obligado a entregarlo en condiciones de normalidad y seguridad, tal como se consagra en la Constitución Política de la República. Ahora, en cuanto los artículos que tratan de manera especial la seguridad vial y

la obligación tanto de las Municipalidades como de otros organismos de la Administración del Estado destacan los siguientes:

El Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 5 de abril de 1960, Ley de Caminos, establece en su artículo 1 que “son caminos públicos las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público. Se considerarán también caminos públicos, para los efectos de este decreto con fuerza de ley, las calles o avenidas que unan caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo”. Agrega en su artículo 4° que “el estudio, construcción y conservación de los caminos y puentes destinados al uso público [...] estarán cargo de la Dirección de Vialidad, servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas”.

Por otro lado, la ley Orgánica de Municipalidades señala en su artículo 5° letra c) que “para el cumplimiento de sus funciones las Municipalidades tendrán las siguientes atribuciones legales: c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.”

La Ley 18.290, Ley de Tránsito, señala en su artículo 3° que “las Municipalidades dictarán las normas específicas para regular el funcionamiento de los sistemas de tránsito en sus respectivas comunas”. Señala además en el artículo 100 que “será responsabilidad de las municipalidades la instalación y mantención de la señalización del tránsito, salvo cuando se trate de vías cuya instalación corresponda al Ministerio de Obras Públicas”. Agrega el mismo cuerpo normativo en el artículo 112 que “las municipalidades y el Ministerio de Obras Públicas, según corresponda, serán responsables del buen funcionamiento de las señales luminosas”. Por último, sanciona expresamente en su artículo 174 inciso quinto que “La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o de su inadecuada señalización” y en este mismo sentido se ha fallado que “si bien los administrados no aspiran a que el Estado mantenga los caminos libres de cualquier defecto, si esperan que la existencia de baches al menos esté señalizada, puesto que no resulta razonable requerir o pretender que los administrados circulen por los caminos públicos con la obligación de sortear los obstáculos”¹⁴⁰. De lo anterior se desprende que estos conceptos, de carácter normativo, suponen un estándar de calidad, los que

¹⁴⁰ Corte Suprema, “Vicente Fodich Castillo y otro con Fisco de Chile, Rol 6014-2010.

determinan el estándar de comparación entre el servicio que debió prestar y el efectivamente prestado.

De esta manera, se desprende de la normativa citada que la obligación de seguridad del Fisco o de la Municipalidad está delimitada por la ley¹⁴¹, y asimismo la aplicación del régimen de responsabilidad por falta de servicio permite que el usuario lesionado cuente con todas las garantías constitucionales frente a un servicio público otorgado de manera deficiente. Por lo tanto, la obligación de seguridad que el Estado debe cumplir en la prestación en las vías urbanas y rurales está elevada a un rango constitucional. “En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio no es estricta u objetiva en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado, sino que supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración”¹⁴². En este mismo sentido, “ocurrido un accidente en una obra pública – o en una concesión de obra pública-, debe presumirse el mal

¹⁴¹ En este sentido ver sentencia dictada por el Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Santiago, en autos caratulados “Catalán Menares, Mario contra Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. y otro”, Rol C-4417-2006, “El Fisco de Chile, asimismo, incurre en responsabilidad por cuanto, una parte, conserva la misma, a razón de tratarse de bienes nacionales de uso público, siendo de su cargo incurrir por falta de servicio, los que no dejan de serlo por delegar su explotación en terceros particulares y que, por otra parte, [...] el Fisco conserva una responsabilidad subsidiaria en la hipótesis de delegar en privados la prestación de un servicio que por ley les corresponde desarrollar [...] el Estado permanece como garante de la prestación del servicio de conformidad con el estándar exigible”.

¹⁴² BARROS BOURIE, Enrique, Op. Cit., p. 486.

mantenimiento o la falta de vigilancia (o sea el funcionamiento anormal), teniendo en principio la víctima solamente que comprobar el daño y si la Administración quiere exonerarse de responsabilidad tendrá que comprobar sea el normal funcionamiento (la ausencia de mal mantenimiento), sea alguna de las causales admitidas para este subrégimen de responsabilidad (o sea, solamente la fuerza mayor y la falta de la víctima, y en este último caso en concurrencia de faltas de la Administración y de víctima, la exoneración de la misma sólo será proporcionalmente parcial)”¹⁴³.

No obstante lo anterior, ¿qué ocurre con las vías concesionadas? La normativa y jurisprudencia chilenas reconocen que el concesionario de obras viales tiene la obligación para con los usuarios de prestar el servicio en condiciones de seguridad, indicado también como “en condiciones de absoluta normalidad”. Asimismo se ha entendido que para fijar el contenido de la obligación de seguridad es necesario analizar no sólo exigencias legales o reglamentarias generales sino también aquellas contenidas en una amplia normativa complementaria de diversa jerarquía. A nivel de ley, este estándar de seguridad es construido en base a las siguientes disposiciones. En primer término, el artículo 35 de la Ley de Concesiones hace responsable a los concesionarios de los daños ocurridos dentro de la ruta concesionada, por lo

¹⁴³ HUTCHINSON, Tomás. Op. cit., p. 302.

que es necesario que esta norma sea interpretada en conformidad con el resto de los cuerpos normativos y no en su sentido literal. El artículo en comento señala 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”. Por otro lado, se indica expresamente en artículo 23 del mismo cuerpo legal que “el régimen jurídico durante la fase de explotación será el siguiente: 1- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos y 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, y b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio”. Al respecto, Díez señala que en este punto la Ley de Concesiones de Obra Pública “aparece claramente inspirado en el artículo 27 de la Ley N° 8/1972 española (de 10 de mayo de ese año), sobre construcción, conservación y explotación de

autopistas en régimen de concesión, el cual, con una redacción muy cercana, establece las obligaciones a que está sujeta el concesionario durante la fase de explotación, concluyéndose mayoritariamente en tal país que dicha regla consagra una obligación de seguridad, general y permanente para el concesionario de autopistas respecto de los usuarios de las mismas y que se traduce –con independencia de la naturaleza jurídica, contractual o extracontractual, que se le asigne a la responsabilidad respectiva- en un estándar de conducta más exigente y riguroso que aquél que podría reclamársele por aplicación de las normas de derecho común”¹⁴⁴.

En Chile, el Reglamento de la Ley de Concesiones señala en su artículo 61 “Obligación de Servicio Indiscriminado. 1.- La obra entregada en concesión es un servicio público, por lo cual el concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debida a caso fortuito o fuerza mayor, y sin discriminación de ninguna especie a los usuarios, siempre que éstos cumplan con las condiciones del servicio y con el pago de las tarifas autorizadas en el contrato de concesión”. Además, respecto a los daños a terceros establece el artículo 62 en su número 1 “que la sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a

¹⁴⁴ DIEZ SCHWERTER, José Luis. 2012. La responsabilidad civil del concesionario de 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. N° 38. p.137

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”. En su número 2 señala que “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 cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daños sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial”. Además, en términos del artículo 64, se establece que “el concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras, y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas”.

En Argentina, es la Constitución Nacional en su artículo 42, la que consagra directamente a la seguridad, como un derecho del usuario, y por ende, es una obligación directa de los entes proveedores, en este caso, de la sociedad concesionaria. Dicho artículo, señala en su inciso primero que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una

información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. Así, enmarcado en el tema que nos atañe, este deber de seguridad se traduce en el mantenimiento de los corredores viales, responder por los daños que los usuarios puedan sufrir durante la circulación en la ruta concesionada, proveer a éstos todo aquello que les asegure que la carretera estará libre de obstáculos y elementos peligrosos, permitirles un tránsito en circunstancias de normalidad, vigilar el estado de las mismas, advirtiéndoles a los usuarios de las posibles fuentes dañosas, etcétera. Respecto a este mismo punto, se ha referido la jurisprudencia argentina en cuanto señala que “La obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etcétera, sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades”¹⁴⁵.

Martín Diego Pirota define la obligación de seguridad en los siguientes términos: “es una obligación anexa e independiente incluida tácitamente en todo tipo de contrato, por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que durante el decurso del plan de prestación principal no se le ha de causar ningún

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Colavita, Salvador y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios”. EN: PIROTA, Martín. Op. cit. 44, p.371.

daño adicional en su persona o bienes.¹⁴⁶ Así, puntualizado a nuestro tema, el mismo autor señala que tres son las piezas que integran la seguridad vial: conductor, vehículo y vía. De ellas, la que más se ha modernizado, ha sido la industria automotriz. En ese sentido, “el parque automotriz ha aumentado, incrementándose en consecuencia el índice de motorización social; además los vehículos son cada vez más veloces, y en contraste con ello, tanto los conductores, como las carreteras no están adaptados y preparados para hacer uso y contener en condiciones de seguridad vial dicha potencia”¹⁴⁷. Este mismo autor, cita a Carlos Tabasso, quien señala que “la seguridad en el tránsito, en abstracto, es el estado de cosas donde el riesgo es nulo o mínimo por efecto de la implantación de obligaciones y prohibiciones –parciales o totales, temporarias o definitivas- restrictivas de la estancia y el movimiento de personas y objetos en la vía pública, así como de disposiciones materiales y procedimientos técnicos erigidos con dicho fin”¹⁴⁸. Ello, materializado a nuestra realidad, implicaría una reunión de normas que rijan en igual sentido a las Municipalidades, al Estado, y a las empresas concesionarias, garantizando al usuario, el deber de seguridad.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.384.

¹⁴⁷ PIROTA, Martín. *Op. Cit.* 104, p.1

¹⁴⁸ PIROTA, Martín. *Peaje y Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Editorial Lumiere, 2000. p. 46.

De esta manera, la sociedad concesionaria debe cumplir con los mismos estándares que a la misma Administración del Estado, por ser la obra entregada en concesión un servicio público. La naturaleza jurídica de la concesión y las normas de que regulan su fase de explotación están destinadas a proteger los derechos de los usuarios, especialmente en lo que respecta a la integridad física de todas las personas que transitan en ella. Así, no bastaría por ejemplo, con que la Municipalidad, el Estado o la sociedad concesionaria coloquen en la vía nuevas señalizaciones si éstas no son respetadas posteriormente por el usuario. La responsabilidad de los primeros no terminaría ahí, sino que deberán analizar el funcionamiento de sus obras, y de ser necesario, de acuerdo a las circunstancias, ir modificándolas.

Parte de la doctrina argentina por ejemplo, sostiene que la relación existente entre la sociedad concesionaria y el usuario, es una relación de consumo. Por ello, se regiría por la Ley N° 24.240, la cual consagra el deber de seguridad de la concesionaria versus el derecho de seguridad del usuario. Ello, implicaría que la empresa concesionaria responde siempre que se produzca un daño en circunstancias que el usuario utilizó la vía normalmente. Las únicas excepciones radican en la existencia de caso fortuito, actuar imprudente del usuario y el hecho de un tercero.

En relación con lo anterior, se ha señalado por parte de la doctrina argentina, que respecto al caso que nos atañe, “el caso fortuito queda limitado únicamente a los casos de fenómenos naturales extraordinarios”¹⁴⁹. Así, para que se configure la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor el hecho debiese enmarcarse dentro características fuera de lo común. Por su parte, respecto del actuar imprudente del usuario, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en Argentina, afirman que “para que la culpa de la víctima tenga efecto eximitorio de responsabilidad, debe reunir necesariamente los requisitos del caso fortuito en los términos del artículo 514 del ordenamiento citado (Código Civil argentino) y ello es así porque, si bien todo efecto es generado por una causa, dicha tensión es examinada desde perspectivas diferentes según hablemos de causalidad física o material y causalidad jurídica o formal”¹⁵⁰. Por su parte, al hablar de “hecho de un tercero”, podemos referirnos a una serie de eventos ocurridos a partir de las acciones u omisiones de un tercero distinto del automovilista, del Estado y de la sociedad concesionaria. Ejemplo de ello serían los dueños o guardianes de animales sueltos en la vía y los peatones. Respecto a los segundos, en la legislación argentina se presentan una serie de principios que otorgan prioridades y presunciones a favor de éstos. Martín Pirota señala que “por lo que si dicha normativa de la que se generan obligaciones para el

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 233.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p.176.

concesionario es incumplida por éste, y como consecuencia de ello un usuario sufre daños, nacerá en forma automática su responsabilidad civil por no haber actuado tempestivamente en la importante tarea de prevenir actos delictivos de tan repetida ocurrencia que provocan situaciones de riesgo en los usuarios viales y que bien pudieran haber sido evitados de haberse organizado e implementado puntualmente las medidas cautelares necesarias para tal fin.”¹⁵¹

En cuanto a los animales sueltos en la vía, la jurisprudencia argentina se ha manifestado, señalando a su respecto la doctrina que “los más recientes fallos de los tribunales se encaminan hacia una consagración unánime de la doctrina de la irresponsabilidad del ente vial por el accidente producto de animales sueltos. Incluso, en el ámbito de la Capital Federal, podemos afirmar sin hesitar que tal criterio está plenamente vigente y fuera de cualquier discusión.”¹⁵² Así, “la jurisprudencia invariable y reiteradamente ha dicho que la sola causación del daño por un animal es suficiente para imponer la responsabilidad a su poseedor o usuario por los daños causados”¹⁵³. En un fallo citado por Gambier, se ha señalado que la Corte aceptó el argumento de la provincia añadiendo que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que

¹⁵¹ PIROTA, Martín. [en línea] [fecha de consulta: 22 junio de 2014]. Disponible en: <http://www.mercadoasegurador.com.ar/adetail.asp?id=246>.

¹⁵² LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. 1999. Hacia una consagración unánime de la doctrina de la irresponsabilidad del ente vial por el accidente producto de animales sueltos. Revista La Ley. p. 147.

¹⁵³ LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. Op. cit. 16, p. 1331.

corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”¹⁵⁴. A su vez, Sagarna hace referencia a otra una resolución de la Corte Suprema argentina (Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros), refiriendo que ésta sostuvo que “resultaba inadmisibles extender la responsabilidad del concesionario vial más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma, por lo que la Corte entendió que, si bien el concesionario no era responsable por los perjuicios originados por animales sueltos que no eran de su propiedad o que el mismo no era su guardián, si debía ser responsabilizado por los daños que surjan de todo vicio de la propia carretera [...]”¹⁵⁵

La legislación trasandina, ésta señala que “el art. 1124 (del Código Civil) es claro cuando atribuye la responsabilidad, sin plantear otros responsables que el propietario o el guardián. Los siguientes artículos (1125 y 1126) imponen un

¹⁵⁴ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ruiz, Mirta E. y otros c. Provincia de Buenos Aires”, En: GAMBIER, Beltrán. 1990. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia. Revista La Ley, p. 622.

¹⁵⁵ SAGARNA, Fernando Alfredo. 2001. Responsabilidad Civil del Estado por defectos en construcciones viales. Lomo de burro o resalto defectuoso. Revista de Responsabilidad Civil y seguros. p. 499.

deber de reparar estricto y específico, del cual no puede extraerse sin más la posibilidad de ampliar los sujetos obligados a la reparación. Decir lo contrario sería destruir el régimen impuesto en la parte del Código aludida. Y también sería –en la práctica- un modo de sustraerse, por parte del dueño del animal, a la obligación de reparar el daño causado por el mero abandono del animal en la ruta”.¹⁵⁶ Es por ello que “no es la concesionaria de peaje la que genera el daño por su accionar, sino el dueño del animal o quién debía cuidarlo. Y ese hecho ajeno, producido con o por la cosa, se genera por un tercero por el que no tiene que responder la encargada del mantenimiento de la vía, o por un caso fortuito. Ninguna disposición legal la hace responsable por el cuidado de cosas ajenas o res nullius. Así, también descartamos cualquier supuesta culpa in vigilando, dado que en esta última se achaca una supuesta culpa propia, consistente en la vigilancia o en la elección del causante del daño, siendo que la concesionaria no ha elegido al sujeto ni al objeto causante del daño, ni tiene relación jurídica alguna con ellos.”¹⁵⁷ Por su parte, existe doctrina en contrario, la cual señala que “[...] podemos adoptar dos postular enfrentadas. Según una –que sostenemos- las empresas concesionarias al asumir la obligación tácita de seguridad garantizan al usuario que podrán circular por la ruta tranquilamente sin correr ningún tipo de peligro [...] La otra posibilidad es que la empresa concesionaria no asuma tal obligación. En tal caso es necesario concluir que al

¹⁵⁶ LOPEZ DEL CARRÍL, Gonzalo. Op. cit. 16. p. 1334.

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 1336.

concesionario le resulta indiferente la seguridad del usuario, y que si constata la presencia de animales sueltos, nada debe o puede hacer pues no es problema suyo. Lo absurdo de esta tesis hace innecesario brindar mayores argumentos en su contra.”¹⁵⁸

Siguiendo con la doctrina Argentina se entiende que el mantenimiento de los corredores viales es responsabilidad y deber del Estado, en la medida que éste es dueño de los bienes de uso público. Vinculante con ello es el artículo 14 de la Constitución Política argentina, el cual consagra el derecho a la libre circulación de los habitantes, con lo que se comprende que esta circulación libre, se debe asegurar a través de medios seguros. En efecto, al ser el Estado el titular de este servicio público, es éste quien debe preocuparse de la destinación de recursos, de la infraestructura vial, y por sobre todo, de la seguridad. Ello, aún cuando delegue en terceros privados dichas obligaciones, subsistiendo en él el deber de garantizar la seguridad de los usuarios. Por su parte, las obligaciones y la responsabilidad de las sociedades concesionarias no se agotan en la administración de las carreteras, sino que existe un deber aún mayor, radicado en garantizar que el usuario vial pueda usar las carreteras en óptimas condiciones, asegurando su protección. A su respecto, Pirota indica que “estamos convencidos de que el concesionario de peaje debe hacerse

¹⁵⁸ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit. p.477.

cargo del primordial tema de la seguridad en las rutas que le fueron entregadas en concesión, ya sea implementando mecanismos y/o dispositivos electrónicos de control, contratando personal de vigilancia privada, o encarando una campaña de supervisión y custodia conjuntamente con la policía federal y/o provincial -según la jurisdicción que corresponda- de los lugares en los que comúnmente se cometen actos delictivos [...] sea proporcionalmente responsable por los *frecuentes daños* causados a terceros (usuarios viales) en el desempeño de la gestión empresarial asumida.”¹⁵⁹ A su vez, Sagarra ha señalado que “la construcción de los comúnmente conocidos como “lomos de burro, o “resaltos”, para reducir la velocidad impuesta por los conductores a sus rodados, deberá hacerse de forma tal que la “seguridad” sea prioritaria, pues lo contrario implicaría crear una nueva causal de accidentes.”¹⁶⁰ Así, “el Estado – o, en su caso, la empresa concesionaria de ruta por peaje. También responderá por todo otro defecto de construcción del camino, como badenes erróneamente contruidos, curvas y contracurvas de defectuoso diseño ancho antirreglamentario de los carriles, etc.”¹⁶¹

A este deber de seguridad, Poclava ha delimitado esta obligación, por cuanto “es razonable exigir la adopción de medidas de seguridad, pero para

¹⁵⁹ PIROTA, Martín. [en línea] [fecha de consulta: 22 junio de 2014]. Disponible en: <http://www.mercadoasegurador.com.ar/adetail.asp?id=246>.

¹⁶⁰ SAGARNA, Fernando Alfredo. 2001. Op. cit. pp. 496-497.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 498.

que el concesionario responsa el siniestro debe originarse en algo inherente a la ruta en sí misma (baches, etc.) o maña señalización, etc. [...], por lo que se descarta el caso de irrupción de un animal en ella”¹⁶². De igual forma se ha establecido en el país trasandino que “la obligación de seguridad subyacente en la relación concesionario-usuario de corredores viales sujetos a un contrato de concesión es una obligación de resultado cuyo incumplimiento genera un supuesto de responsabilidad objetiva, en tanto protege intereses del acreedor que se encuentran asentados sobre bienes que están fuera del *circa rem* de la obligación principal.”¹⁶³

Nosotros no compartimos tal postura, por cuanto es expresa la obligación del concesionario de mantener la vía en condiciones de absoluta normalidad, en los términos del artículo 35 de la Ley de Concesiones.

Siguiendo con la abundante jurisprudencia Argentina, se ha fallado que “el contrato de peaje genera dos obligaciones: 1) la principal o típica es habilitar el tránsito en el corredor vial, y 2) una obligación de seguridad por los daños que pueda sufrir durante la circulación. La seguridad está consagrada en la

¹⁶² POCLAVA LAFUENTE, Juan. Op. cit. p. 338.

¹⁶³ Cámara Civil y Comercial, Resistencia, Argentina, sala 4ª, “González Torres, Marcelo E. v. Deluca, José A. y/o Servicios Viales S.A. s/indemnización de daños y perjuicios”, 4/12/1997, EN GALDÓS, Jorge. Op. cit. p.1337

Constitución Nacional como un derecho del usuario y por ende constituye el correspondiente deber a cargo de los proveedores de servicios. Por ello, la protección que tiene el usuario es de carácter constitucional, conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional [...] Aunque no estuviere estipulada la obligación de seguridad (en el contrato de concesión), es propia del contrato, y debe ser atendida y cumplida. El concesionario debió, en consecuencia, velar por el cuidado y vigilancia del corredor y en tal sentido arbitrar los medios adecuados para ejercer esta vigilancia en todo su recorrido de forma permanente”¹⁶⁴. A este respecto, es trascendental el efecto de oponibilidad tanto al Estado como a los particulares, “verificando de esa manera una suerte de irradiación no sólo vertical de los derechos de los usuarios, sino también horizontal, lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha llamado *Drittwirkung der grundrechte*, todo lo cual ha producido, quiérase o no, una suerte de unificación de los sistemas de responsabilidad público y privado”¹⁶⁵.

Así, la doctrina argentina ha definido esta obligación de seguridad como “aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos

¹⁶⁴ Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2 de Rosario, Santa Fe, Argentina, “Ballonza, Jorge con Servicios Viales S.A.”. EN: PIROTA, Martín. Op. cit. 44, p. 369

¹⁶⁵ ROMÁN CORDERO, Cristián. 2006. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y de su concesionario vial, frente al usuario lesionado. Actas XXXV Jornadas chilenas de Derecho Público. El Derecho Público ante la globalización. Valparaíso. p. 241

a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración en base al principio de buena fe.”¹⁶⁶

De igual forma, en España ha sido tratado más extensamente, y se ha fallado que “las autopistas tienen la consideración de vías públicas, y en ellas se establece un régimen riguroso para el concesionario, de tal suerte que debe responsabilizarse la empresa concesionaria de aquellos perjuicios causados a terceros y que se deriven de la falta de vigilancia, descuido, negligencia o, incluso, mera tolerancia de la empresa concesionaria”¹⁶⁷. En otra sentencia, se resolvió que “precisamente aquellos deberes que el artículo 27 de la ley 8/1972 impone a los concesionarios pretenden algo más que una mera función de conservación de la vía, pues, prácticamente imponen la obligación imponen una obligación de resultado en cuanto que la precitada mediante su exigencia en la ley aspira a garantizar y proporcionar a los usuarios cotas mayores de seguridad en vías destinadas a la circulación de alta velocidad [...] No se trata de entronizar, sin más, un signo absolutamente objetivista en la estimación de la culpa, ni de afirmar la responsabilidad por riesgo, sino de sentar los pilares que fundamenten, cuando menos, la inversión de la carga de la prueba, de tal

¹⁶⁶ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. 1999. Op. cit. pp. 477-478.

¹⁶⁷ Sentencia de Audiencia Provincial de Viscaya, España, Sección 4ª, N° 321/1999. EN: PIROTA, Martín. Op. cit. 44, p. 380.

suerte que haya de ser la demandada quien haya de acreditar que adoptó todas las cautelas precisas, quedó agotada la diligencia que era exigible para los fines de mantenimiento de seguridad que la propia ley impone al concesionario [...] ¹⁶⁸.

Regresando a la doctrina chilena, creemos que es de suma relevancia plantearnos si existen límites al deber de seguridad del Estado y cuáles son éstos. Lo anterior se plantea principalmente porque creemos necesario determinar cuándo es reprochable la inactividad del Estado, en el entendimiento de que la Administración no siempre es responsable, y que deben existir por tanto, parámetros, al menos casuísticos, para ello.

Por ejemplo, frente a la actividad de la sociedad concesionaria, la Administración del Estado puede presentar cien fiscalizadores en terreno, y de igual modo, producirse un accidente con resultados lamentables, así como también puede plantear una serie de observaciones exhaustivas y detalladas a la empresa, imponer multas elevadas a ésta, ocasionándose de igual forma el accidente. Así, entendemos que si el Estado actuó de manera diligente realizando todo lo necesario para evitar que se produzcan accidentes, no podemos señalar de manera categórica que incumplió con su deber de seguridad. Por ello, no coincidimos con quienes plantean que la Administración estaría incumpliendo con su deber de seguridad aún cuando actuó con toda la

¹⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, España, Sección 1ª, N° 305/1998. EN: PIROTA, Martín. Ídem.

diligencia razonablemente requerida para evitar un hecho dañoso, que de igual forma se produjo.

Lo mismo ocurre si nos encontramos frente a casos de imprevisibilidad. Un ejemplo de ello es lo señalado por nuestra Corte Suprema en causa Rol N° 2448-2010. Los hechos ocurrieron el día 17 de enero de 2001, mientras la camioneta en que circulaba don Fredy Dennis Brown Stange y sus dos acompañantes, recibió el impacto producido por la caída de un árbol, ocasionando la muerte de los tres ocupantes. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda deducida en contra del Fisco de Chile y acogió la interpuesta en forma subsidiaria. En contra de dicha decisión los demandados presentaron recursos de casación en la forma y apelación, mientras que los demandantes sólo este último. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó el recurso de casación en la forma, y en cuanto a la apelación, revocó la sentencia de primer grado y, en su lugar, rechazó la demanda subsidiaria interpuesta, confirmando el fallo en todo lo demás. Contra esta resolución los demandantes recurrieron de casación en la forma y en el fondo. A su respecto, el Tribunal Supremo señaló: “28) Que en este predicamento debe considerarse como requisito constitutivo de la culpa la previsibilidad, que permite distinguir la acción culpable del caso fortuito, vale decir, del hecho cuyas consecuencias dañosas son imprevisibles y que es imposible de resistir; el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de

actuar y que por lo tanto no pueden atribuirse a una falta de la diligencia exigida [...] Así, se ha fallado que “no hay culpa cuando el hecho no pudo *razonablemente* ser previsto”; “29) [...] el escrito de invalidación insiste en que los informes periciales y el cúmulo de prueba allegada al proceso, advertían que, por las condiciones del medio ambiente y la experticia de los encargados del lugar donde se ubicaba el árbol, era exigible a los demandados que éstos pudieran prever el resultado lesivo, tanto que, tal como se constató luego del accidente, era posible determinar con mediana diligencia la posibilidad de caídas de árboles en la zona, como aparece del catastro levantado por la autoridad con posterioridad al siniestro de marras acompañado en el proceso penal [...] resulta ser un hecho establecido en el proceso, que la especie coigüe que se desprendió del suelo no presentaba pudrición, y que son muchos los factores que inciden en su desprendimiento, como condiciones climáticas, suelos, falta de enraizamiento entre otros. Ergo, sólo en caso contrario sería razonable y esperable que los dueños o el administrador encargado del parque adoptaran las medidas tendientes a evitar su caída [...] Es más, tampoco es claro que de haberse hecho una inspección previa se hubiere tenido certeza de haber sido incluido el árbol que ocasionó la tragedia en el listado de especies cuya peligrosidad aparecía como manifiesta o que ameritaba su corte. Al menos de los antecedentes del proceso se concluye que no se aportó prueba alguna

tendiente a demostrar que el árbol en cuestión presentaba antecedentes mórbidos o que importaban peligro inminente [...]”¹⁶⁹

Así las cosas, entendemos que el deber de seguridad del Estado no es absoluto ni definitivo, pues de acuerdo a la diligencia requerida, existen situaciones imposibles de prever o que incluso, pudiendo preverse, son inevitables, impidiendo por tanto, el cumplimiento de la obligación de seguridad.

4.3. EL DEBER DE SEGURIDAD COMO PARAMETRO EN LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Ciertamente podemos afirmar que en todas las actividades y servicios prestados por los órganos de la Administración del Estado deben resguardar la integridad física y psíquica de los usuarios de estos. Así ha sido reconocida por distintas normativas legales y reglamentarias, así como también por la reiterada jurisprudencia que ha reconocido la obligación de seguridad que pesa sobre la Administración del Estado para con los usuarios.

¹⁶⁹ Dictada por los Ministros Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval y los Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia y Alfredo Prieto.

Por ejemplo, en un fallo pronunciado por la Corte Suprema se ratificó la condena a la Municipalidad de San Pedro de La Paz por su responsabilidad un abuso sexual de un menor de edad. El máximo tribunal reconoce la existencia de falta de servicio por no prestar con la diligencia debida las medidas tendientes a evitar el daño ocurrido y posteriormente aportar a su aminoración. En el mencionado fallo se estableció que “en la prestación de servicios educacionales se ha reconocido que Existe entre las partes un contrato de prestación de servicios educacionales, una de cuyas obligaciones es el deber de cuidado del establecimiento educacional con sus alumnos, conducta que la parte demandante sostiene no se verificó en la forma debida, al punto que el menor fue objeto de un delito; por lo que es dable estimar que la conducta convenida no fue efectuada del modo pactado y la inejecución de tal conducta es efectivamente reprochable”¹⁷⁰. Agrega en su considerando séptimo que “resulta evidente que el Colegio San Pedro de la Costa, dependiente de la demandada, incumplió su deber de cuidado, no empleando la diligencia que le era exigible, ya que aún las personas negligentes se preocupan de sus hijos, de los niños en general”.

En un caso de similares características, un menor de edad fue víctima de abuso sexual cometido por un funcionario de la escuela municipal se falló “que

¹⁷⁰ Corte Suprema, “Plaza Rubilar Alejandra con Municipalidad de San Pedro de la Paz”, Rol 3071-2009.

además, en la noción de “falta de servicio”, la actuación del funcionario propiamente tal, no resulta relevante, sino lo que interesa es que la Administración no actúe en la forma esperada, actúe mal, o actúe tardíamente, por lo tanto, tampoco aparece aceptable hablar de falta personal como lo hace el fallo, la que solo se da en el evento de una extrema negligencia, o dolo, de parte del funcionario, y en ese solo caso, el Estado sin desligarse de su propia responsabilidad, puede repetir contra el personal que incurrió en la negligencia extrema.”¹⁷¹

Similar criterio se ha aplicado para condenar a la Administración del Estado por conscriptos fallecidos en procedimientos efectuados con motivo del servicio militar obligatorio¹⁷². No obstante, no se ha considerado el mismo razonamiento uniforme en los daños ocurridos a internos dentro de recintos penitenciarios¹⁷³.

De igual manera se ha declarado el deber de seguridad en rutas fiscales.

En un accidente ocurrido en el Puente Maipo, ocasionado por la colisión de un

¹⁷¹ Corte Suprema, “Pamela Elena Trincado Sierra con I. Municipalidad de Vallenar”, Rol 6346-2006.

¹⁷² En este sentido, Corte Suprema, “Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco de Chile”, Rol 1760-2009; Corte Suprema, “Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile”, Rol 371-2008.

¹⁷³ Corte Suprema, “Oyarzo Velázquez Fredy con Fisco de Chile”, Rol 11914-2011; Corte Suprema, “Cuneo Troncoso, Jesus con Fisco de Chile”, Rol 574-2010.

autobús contra la barrera de contención. Dicha barrera no cumplió con los estándares exigidos en el manual de carreteras, provocando que el vehículo cayera al río produciendo en consecuencia usuarios lesionados y fallecidos. En sentencia pronunciada por la Corte Suprema, se estableció que “si se aprecia la regulación de los deberes del Ministerio de Obras Públicas que se ha expuesto en los motivos precedentes, se infiere que esa preceptiva tiene por primera finalidad suprimir las causas que originen peligrosidad a los usuarios de las obras. Esto deriva del deber de seguridad que tiene el ente fiscal de adoptar medidas para precaver daños a la vida y a la integridad física de las personas. Empero, para determinar exactamente cómo se traduce este deber en reglas concretas, corresponde examinar en este caso las disposiciones reglamentarias y técnicas sobre la materia”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Corte Suprema, “Gómez Pinto, Rafael Jorge y otro con Fisco de Chile”, Rol 4292-2012. Agrega en su considerando vigésimo que “en el análisis en concreto del estándar de conducta exigible al Ministerio de Obras Públicas debe tenerse en consideración el nivel de riesgo de accidentes viales en la circulación de los vehículos por el Puente Maipo en las condiciones existentes en el año 2005 y se concluirá que éste es alto, por cuanto el Puente Maipo se encontraba inserto en una carretera de alta velocidad, con un gran y permanente flujo de vehículos, sobre todo buses y camiones. De otro lado, es razonablemente previsible que en este tipo de carreteras se produzcan accidentes por encontrarse un vehículo fuera de control, de modo que aun haciendo abstracción de las variedades de diseño de los mecanismos de contención que contempla la normativa técnica, es indudable que la existencia de barreras medianeras como de barreras laterales de contención resultaba necesaria para la prevención de accidentes viales en un puente inserto, según se ha dicho, en una carretera de alta velocidad”. Finaliza dicha sentencia concluyendo que en virtud de los razonamientos expresados, cabe concluir que en el presente caso asiste responsabilidad por falta de servicio al Fisco de Chile, tal como lo decidieron los jueces del fondo, como quiera que incumplió un deber de cuidado que era jurídicamente exigible que se tradujo en un funcionamiento tardío del servicio, que hubo relación de causalidad entre la falta y el daño producido y que se ocasionaron los perjuicios que han sido finalmente determinados.

De esta manera, queda claro que el deber de seguridad se encuentra presente de manera transversal como parámetro en los servicios prestados por la Administración del Estado. Por tanto, es procedente exigir el mismo nivel de diligencia y las mismas medidas de seguridad al empresario concesionario, quien presta un servicio en el que en caso de ocurrir lesiones las probabilidades de ocurrencia de graves daños son altísimas.

4.4. LA PREVISIBILIDAD COMO LÍMITE AL DEBER DE SEGURIDAD.

Queda establecido entonces que existe un deber de seguridad para con los usuarios viales que debe ser prestado por el concesionario de carreteras y por la Administración del Estado. La naturaleza del servicio precisa que los estándares normativos de seguridad sean cumplidos con un mayor nivel de diligencia por la sociedad concesionaria. Por otro lado, pesa sobre la Administración del Estado ejercer una constante labor de vigilancia y fiscalización en la explotación de las vías concesionadas, de manera tal de supeditar las medidas de seguridad que se han impuesto al concesionario. Sin embargo, es imposible que ambos entes puedan proteger a los usuarios a todo evento. De alguna u otra manera existen y existirán situaciones que escapen de

la previsibilidad de la concesionaria y de la administración. El elemento previsibilidad es gravitante en la determinación en la falta de servicio de la Administración del Estado y de la sociedad concesionaria, pues permite delimitar la omisión negligente del caso fortuito. En este sentido, la doctrina ha señalado que “La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente. Así, se ha fallado que “no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto”. En igual sentido se ha declarado que cuando se actúa con culpa “el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causarían si ejecuta el acto voluntario”¹⁷⁵ De esta manera, la concesionaria, que mantiene una relación de seguridad para con los usuarios viales, debe tomar todas las medidas en infraestructura que permitan que los usuarios transiten por la carretera en condiciones, según establece el artículo 23 de la Ley de Concesiones, de “absoluta normalidad”. Este criterio, permite precisar bajo qué circunstancias el concesionario debió haber empleado un mayor nivel de diligencia, esto es, en qué tramos de la ruta es necesario el uso de determinadas medidas de

¹⁷⁵ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p. 90

seguridad, tales como cierres que impidan el acceso a peatones o animales a la carretera, cierres en pasarelas que impidan que terceros arrojen elementos contundentes, instalación de barreras de contención, entre otras. El elemento previsibilidad nos permite además delimitar el deber de seguridad, por cuanto no es impracticable exigir a la concesionaria que asuma todas las medidas de seguridad que vayan más allá de lo razonablemente esperable.

A continuación expondremos una selección de fallos que hacen directa referencia a la previsibilidad de hechos dañosos:

En Concepción, el 12 de julio de 2012, a las 2:30 horas aproximadamente, don Luis Felipe Gómez Cabezas cayó en su vehículo a un socavón en el acceso norponiente del puente Batuquito, consecuencia de la caída la víctima se ahoga y es encontrado muerto. Las fuertes lluvias caídas los días 11 y 12 de julio de 2006, provocaron un incremento del río Laja, ocasionando en consecuencia un socavón en el terraplén del puente Batuquito. En su defensa, la concesionaria alegó caso fortuito y señaló que las fuertes lluvias fue una situación completamente extraordinaria e imprevisible. La sentencia de primera instancia¹⁷⁶ rechazó la defensa de la demandada, puesto que no es razonable alegar que en la zona sur no se registran fuertes lluvias en los meses de

¹⁷⁶ 2º Juzgado Civil de Concepción, "Cabezas Muñoz, Edith con Ruta del Bosque Sociedad Concesionaria S.A.", Rol C-3297-2008.

invierno. Dicho argumento fue también confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁷⁷. Efectivamente, en un ejercicio mental podemos arribar a la conclusión que en una zona más o menos lluviosa, es razonable esperar que la sociedad concesionaria efectúe labores de vigilancia en la ruta en aquellos tramos que puedan presentar un peligro para los usuarios. Ciertamente es que la fuerza de la naturaleza resulta muchas veces imposible de resistir, pero es labor de la concesionaria informar oportunamente a los usuarios los peligros que se presenten la ruta (v.gr. lluvias torrenciales, neblina, granizos, etc.)¹⁷⁸.

El 4 de abril del año 2004, don Miguel Varas y doña Paula Bossay Pisano fueron víctimas de un ataque provocado por personas desconocidas que arrojaron una piedra al desde un paso sobre nivel vehicular ubicado en las cercanías del túnel Zapata al vehículo en movimiento en el que se trasladaban.

¹⁷⁷ Corte de Apelación de Concepción, “Cabezas Muñoz, Edith con Ruta del Bosque Sociedad Concesionaria S.A.”, rol 483-2012. En su considerando octavo señala que “De esta manera, coincidiendo con lo expresado por el juez a quo, cabe descartar la existencia de caso fortuito, puesto que si bien el desplome del terraplén de acceso a un puente en la ruta solo pudo provenir de la excepcional intensidad de la lluvia y la crecida del estero; la caída del automóvil que conducía Luis Felipe Gómez Cabeza por dicho forado al cauce del estero, proviene sólo de la falta de previsión y seguridad de la misma Concesionaria frente a tal fenómeno meteorológico, la que debió incrementar sus sistemas de seguridad y vigilancia en los puentes más aún considerando que el día anterior se había socavado el puente Duqueco, a un par de kilómetros de donde se ubicaba el Batuquito. De esta manera, resulta cierto que no concurre el presupuesto de imprevisibilidad que conforma la definición del caso fortuito.”

¹⁷⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Senerega Puga, Humberto con I. Municipalidad de Viña del Mar”, Rol N° 3346-2003.

En la defensa, la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico argumentó que dicha infraestructura fue construida según instrucciones del Ministerio de Obras Públicas, que no contemplaban la implementación de mallas existentes en los pasos peatonales. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, basándose principalmente en la previsibilidad que las conductas delictuales de ese tipo que venían ocurriendo en el último tiempo¹⁷⁹. No obstante lo anterior, es razonable preguntarse si por tratarse un hecho de un tercero podría tratarse de un hecho imprevisible, delictual y que escapa del control o esfera de protección de la concesionaria. Nosotros creemos existen comportamientos conductuales que pueden constituir un precedente para que puedan constituir hechos previsibles, por ejemplo, la reiteración en el tiempo de arrojamiento de piedras en una ruta, o el cruce intempestivo de peatones en ciertos tramos, la destrucción de señalética, etcétera, de manera tal que pueda con mediana diligencia precaver la amenaza de riesgo. Obviamente la cercanía de la autopista a zonas urbanas hace más

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, “Varas Boetsch Miguel A. con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico”, Rol 6523-2009. En su considerando duodécimo razona que “Que la necesidad, 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

probable la irrupción de terceros en la normalidad del tránsito que en áreas despobladas.

El eventual cruce de animales en la ruta será previsible para el concesionario, cuando las condiciones del entorno de la ruta hagan razonable esperar el cruce de animales, por ejemplo en las zonas rurales y ganaderas¹⁸⁰.

¹⁸⁰ 9° Juzgado Civil de Santiago, "Contreras Ossandón, Juan y otra con Sociedad Concesionaria Autopista Los Libertadores", Rol C-38753-2009. VIGÉSIMO: Que este tribunal estima, según esta prueba reseñada, que la salida de animales hacia la carretera es una de las posibilidades que la concesionaria ha previsto pueden ocurrir en relación con la afectación de la seguridad vial pero que en este tramo en particular se ha limitado a resguardar los cercos, mas no a vigilar las salidas de los pueblos aledaños porque ha entendido que no es su responsabilidad. VIGÉSIMO PRIMERO: Que, no obstante ello, no debe olvidarse que conforme a las rigurosas Bases de Licitación, resulta que la tarea encargada por el Estado a las empresas particulares que se hacen cargo de la vialidad, implica el cumplimiento de una serie de exigencias de altísima seguridad que son necesariamente retribuida económicamente, no sólo por que los usuarios que pagan un peaje para transitar por las vías, sino porque también existen incentivos, premios o bonos relacionados con los índices de lesionados y fallecimiento de personas en los caminos y que son calculados sobre la base de las estadísticas que lleva Carabineros. VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el interés de la concesionaria no sólo dice relación con el resguardo general de la vida humana, sino también con expectativas económicas legítimas. De ahí la gran cantidad de personas que prestan servicios a la concesionaria y la precisa información con que se cuenta de los movimientos de las patrullas diariamente. VIGÉSIMO TERCERO: Que las medidas en general adoptadas en este caso no fueron suficientes para evitar la entrada de un animal con el peligro consiguiente para los vehículos e implicaron al menos a dos automóviles colisionados. VIGÉSIMO CUARTO: Que del mismo modo resulta que se trató de un asunto o situación claramente previsible, desde que incluso uno de los testigos señala que en otros lugares de la carretera la salida de animales es de ordinaria ocurrencia. Y las circunstancias de no tener "responsabilidad" respecto de los caminos públicos no impide que tome otras medidas en los sectores en que ese camino se une a la ruta, tal como lo hace por ejemplo propósito de túneles como se señala las bases de licitación en que se instalan cámaras de seguridad. VIGÉSIMO QUINTO: Que debe sumarse a este razonamiento el hecho de que durante el tiempo en el cual el animal pudo aparecer, las patrullas estaban atendiendo el volcamiento de un camión kilómetros más arriba. VIGÉSIMO SEXTO: Que así las cosas ha resultado probado que la parte demandada incumplió su deber general de resguardo de la seguridad vial en el tramo en que los actores sufrieron el accidente.

Asimismo, se hace previsible el cruce de animales cuando el concesionario ha tomado conocimiento de la ocurrencia reiterada de la presencia de animales en la ruta¹⁸¹.

No obstante la uniformidad en la jurisprudencia en sentencias condenatorias a concesionarias por cruce de vacunos y caballos, no se ha aplicado el mismo criterio ante el cruce de animales pequeños. En este sentido se ha establecido que “de acuerdo al contrato de adjudicación a la concesionaria, aparece que esta estaba obligada a la mantención de obras de conservación en el sector donde el demandante dice ocurrió el accidente, y estas consistían en alambradas, las que estaban colocadas, de manera que no estaba obligada a instalar sistemas adicionales de protección en el sector para el no ingreso de animales pequeños”¹⁸²¹⁸³. Por tanto, es legítimo cuestionarse si

¹⁸¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Vidal Ponce, Marlene Angélica con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico”, Rol 306-2010, “Que tal requerimiento aparece, en la especie, incumplido por dicha demandada, al no haberse colocado, oportunamente personal, mecanismos o artefactos de precaución útiles, para impedir el acceso de animales, al camino, aún por las vías normales de ingreso al mismo, exigencia que, sin embargo, se cumple en algunos accesos que también son útiles para el cobro de los peajes, como es de público dominio”. Agrega en su considerando tercero “Que la abundante prueba allegada al proceso y ponderada por la juez de primer grado, en los razonamientos vigésimo tercero a trigésimo sexto, ha sido objeto de un estudio acabado por parte de la sentenciadora, para concluir, en el motivo trigésimo séptimo, que pese a que la concesionaria tomó conocimiento de la existencia de caballos, que obstruían el libre tránsito de vehículos, no demostró, que en base a dicho conocimiento, haya adoptado, en forma oportuna, las medidas tendientes a eliminar este riesgo, incurriendo en una conducta culposa, con su actuar negligente, criterio que es compartido por los sentenciadores de esta instancia”.

¹⁸² Corte de Apelaciones de Santiago, “Crocco Villarroel, Juan Alejandro con Sociedad Concesionaria AMB S.A.”, Rol 2277-2010

efectivamente la sociedad concesionaria está obligada a tomar todos los resguardos necesarios para evitar la intromisión de animales pequeños en toda la ruta. Nosotros preliminarmente creemos que impedir la intromisión de animales pequeños en la ruta es imposible, sin perjuicio de los forados o agujeros que existan en las mallas que cierran la autopista y que hayan sido hechas por acción humana. No obstante, es necesario distinguir caso a caso.

En el caso de un camión que llevaba su carga mal estibada y que ocasionó daños a un usuario que colisionó con un fierro de cuatro metros de longitud, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo discutible desestimó la defensa de la concesionaria de caso fortuito. Para la Corte, la sociedad concesionaria debe ejercer vigilancia sobre los vehículos que entran a la carretera concesionada y que es completamente previsible que ingresarán camiones con la carga mal estibada¹⁸⁴. De igual manera que en el supuesto

¹⁸³ En el mismo sentido, “Silva Santibañez, María con Autopista del Sol”, 18° Juzgado Civil de Santiago, Rol 2896-2012, en sentencia definitiva de veinticuatro de abril de dos mil catorce sentenció que “la explotación de la concesión en cuestión dice relación con una ruta determinada cuya ejecución y obra se ciñó a las especificaciones técnicas determinadas que se encuentra predeterminadas, entre las que se encuentran precisamente los cierres perimetrales de la misma, las que como señala la demandada se encontraban en perfecto estado de conservación, todo ello fijado por la autoridad conforme a las características de la ruta sin que quepa extender la responsabilidad de la Concesionaria en dicha explotación a elementos externos, sino que estrictamente a la obligación propia del contrato, esto es, a la mantención de la misma en óptimas condiciones para el desplazamiento de los usuarios.

¹⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, “Moya Acevedo Ángel con Autopista del Maipo”, Rol 9196-2006. En su considerando segundo estableció “que, para la correcta apreciación de la fuerza mayor o caso fortuito, en la especie es menester analizar si se presenta en estos hechos el segundo requisito de esta institución, cual es la imprevisibilidad. Al efecto habrá de tenerse en consideración que es normal y de común ocurrencia que ingresen a estas vías camiones con

anterior, es razonable preguntarse si es posible exigir a la concesionaria que fiscalice cada uno de los vehículos que ingresan a la autopista a fin de que no se produzcan caídas de objetos extraños a la ruta.

CONCLUSIONES

carga. La situación en cuanto a si la carga está bien estibada, correctamente amarrada o cubierta con lonas en caso de tratarse de camiones abiertos, si bien es cierto es responsabilidad del transportista; no es menos cierto que la sociedad concesionaria de la autopista debe velar porque al momento del ingreso de estos vehículos al área concesionada, tales vehículos deban circular en condiciones de evitar daños a terceros. Y, debe tenerse en cuenta al efecto, la experiencia, la cual demuestra que habitualmente las empresas transportistas cuyos camiones circulan a lo largo de nuestro país, no adoptan el debido cuidado con la carga que transportan; todo lo cual hace que un accidente de esta naturaleza sea plenamente previsible, es decir que con mediana inteligencia y cuidado es perfectamente posible prever que ingresarán a la autopista camiones con su carga mal estibada, sin haber adoptado las precauciones necesarias. Y es ese conocimiento, hecho público y notorio que no corresponde al deber ser sino que a la realidad fáctica, lo que permite sostener que la sociedad concesionaria debe adoptar medidas preventivas pertinentes, o sea, vigilancia adecuada al momento de ingresar a la autopista camiones con carga que no vaya bien instalada en tales vehículos. Es por ello que el hecho de que caiga de un camión un artefacto como el del caso en análisis, no es un hecho imprevisible; por lo que al no darse el requisito de imprevisibilidad del caso fortuito, esta argumentación deberá ser desestimada”.

Volviendo a la jurisprudencia chilena, se ha establecido que la obligación de seguridad comprende además de un aspecto material, entendiéndose por tal la construcción o infraestructura de la autopista, los procedimientos de rutina y protocolos de emergencia. Asimismo, aun cuando la sociedad concesionaria está desprovista de potestades exclusivas y excluyentes del Estado, como la de policía por ejemplo, esto no implica que la concesionaria deba tener una actitud pasiva frente a hechos delictuales que tengan injerencia directa con los usuarios, pudiendo tomar medidas preventivas o de coordinación con Carabineros. Esta obligación de seguridad ha sido reconocida de manera transversal a los distintos regímenes de responsabilidad. De esta forma, se ha establecido que “la obligación de la concesionaria no consiste solamente en instalar barreras, sino que en 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”^{185 186}.

Si bien las bases de licitación son bastante exhaustivas en el detalle del diseño e infraestructura vial, pareciera ser que la jurisprudencia es un tanto uniforme en fijar criterios de carácter general en el contenido de la obligación de

¹⁸⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, “González Vergara Jorge con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán”, Rol 3311-2009.

¹⁸⁶ En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia de 29 de abril de 2013, dictada por la Corte Suprema en causa rol 5678-2012.

seguridad para con los usuarios viales. Por ejemplo respecto del hecho delictual del lanzamiento de piedras y objetos, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que estas obligaciones “van sin duda más allá de las mínimas contenidas en las bases de licitación, apreciándose como tales todas aquellas previsibles para evitar un resultado dañoso, como –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 verificando a lo largo de esta carreteras concesionada, por lo que un nuevo acontecimiento resultaba previsible y evitable”¹⁸⁷.

Entonces, ¿de qué manera se cumple, si la facultad de policía e imperio recaen el Estado? Al respecto se ha señalado que “las disposiciones relativas a medidas de seguridad y control y servicios de emergencia caminera no sólo facultan a la concesionaria a adoptar las medidas necesarias para prevenir accidentes y mantener expedito el tránsito, sino que la obligan a ello, pudiendo incluso complementar las implementadas habitualmente por Carabineros”¹⁸⁸. De esta manera, la interpretación del artículo 62 del Reglamento de Ley de Concesiones adquiere una interpretación más amplia, pero no menos estricta,

¹⁸⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, “Varas Boetsch, Miguel con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y otro”, Rol 6523-2009.

¹⁸⁸ Séptimo Juzgado Civil de Santiago, “Borjes, María con Sociedad Borjes, María con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A.”, Rol, C-3421-2003.

la que sin contener medidas taxativas, posee un deber general que consiste en “todas aquellas que permitan alcanzar como resultado el evitar los mencionados daños durante la concesión”¹⁸⁹. Es una obligación permanente, y no se limita a la enumeración establecida en las Bases de Licitación, la cual se traduce en eliminar cualquier obstáculo o anormalidad que impida el desplazamiento seguro de los vehículos por la autopista. De esta manera, el artículo 64 del Reglamento “le exige al concesionario adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra y todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra, sin que se describan o tipifiquen las medidas o precauciones que están obligados a adoptar. Según se ha destacado son todas aquellas que permitan alcanzar como resultado el evitar los mencionados daños durante la concesión”¹⁹⁰.

Por lo tanto, el estándar exigible al concesionario es el mismo que el establecido para el Estado, tanto por la naturaleza misma del acto de concesión como por naturaleza del servicio público que se entrega en concesión. En este sentido, Barros señala que “en consecuencia, la construcción del antecedente de la responsabilidad debe estar sujeta a idénticas condiciones de hecho y de derecho que en el caso de la responsabilidad directa del Estado. En otras

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Corte Suprema, “Gómez Zúñiga, Julio Agustín con Autopista del Sol S.A.”, Rol 216 -2011.

palabras, 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 estuviese actuando directamente”¹⁹¹. En el mismo sentido, el profesor Román señala “el concesionario debe responder del mismo modo que lo habría hecho la Administración concedente, esto es por falta de servicio en razón de un criterio funcional y garantista, teniendo como parámetro la normalidad en su prestación”¹⁹².

Asimismo, debemos tener presente que “la responsabilidad por falta de servicio debe asociarse, más que al funcionamiento de un organismo estatal determinado, al desenvolvimiento de la actividad publicada aunque ella esté entregada en concesión a particulares”, de esta manera y como señala Viñuela Hojas, “el particular que por vía de una concesión asume el papel del Estado en la prestación de un servicio público debe responder, al menos, con los mismos estándares de calidad que se haría responder el Estado, precisamente en consideración a los derechos subjetivos de los usuarios”. Siguiendo este orden de ideas, si la relación entre la Administración y el concesionario se rige por el derecho público, no existe razón alguna para excluir al usuario de dicha esfera normativa cuando se presta aquel servicio público. En consecuencia, el Estado

¹⁹¹ BARROS Bourie, Enrique, Op. cit., p. 530

¹⁹² ROMÁN Cordero, Cristián. Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿Paga Moya?, EN: Responsabilidad extracontractual, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009, p. 11.

de una u otra forma siempre se mantendrá como garante tanto de la prestación misma como de la calidad y seguridad del servicio público otorgado en concesión¹⁹³. Esta garantía del Estado, no obstante, no debe entenderse a todo evento. En primer término, es lógico que las causales de exclusión de responsabilidad suprimirán la responsabilidad de la Administración. Luego, esta responderá sólo bajo los parámetros explicados en el capítulo 2 de este trabajo, de esta manera, se excluye la responsabilidad sin culpa tanto para el concesionario como para la Administración. Ambos deberán probar acreditar que efectuaron todas las actividades que tiendan a resguardar la seguridad del usuario de las autopistas, y en definitiva que no hayan incurrido en ninguna omisión en la que pueda imputarse negligencia.

¹⁹³ En este sentido ver sentencia dictada por el Vigésimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago, en autos caratulados “Varas Boetsch, Miguel con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y Otro”, Rol C-10375-2004. “10°) [...] el Fisco de Chile no puede desprenderse de su deber constitucional de estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, como lo establece el artículo primero inciso cuarto de nuestra Constitución Política de la República, y menos cuando en ejercicio del principio de subsidiariedad entrega a los privados la tarea de emprender obras de utilidad pública como la que es objeto de estudio”. 12°) [...] pues si censurable es la negligencia por la que se hace responsable a la Concesionaria por no prever y contemplar protocolos de seguridad frente a eventos como el vandalismo, tanto o igual de reprochable es que, el ente Fiscal, que tiene por mandato constitucional asegurar a todas las personas “el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona”, omite exigir y no supervigile a las concesionarias [...] el no concluir en tal sentido implica además violar la garantía constitucional de la igualdad ante las cargas públicas [...] pues implica que la concesión se transformaría en el vehículo jurídico por el que el Estado traslada su responsabilidad a los privados en las obras de utilidad pública

Por mandato legal, la Administración del Estado debe ejercer la actividad de control sobre la explotación de la concesión, a través del Inspector Fiscal con las facultades sancionatorias analizadas más arriba. El deber de vigilancia no obsta para que en el desarrollo mismo de la concesión pueda la Administración modificar o añadir disposiciones reglamentarias tendientes a complementar las ya existentes obligaciones de seguridad para con el usuario vial. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que “resulta que es obligación del Ministerio de Obras Públicas vigilar y obtener el cumplimiento efectivo por parte del concesionario de tales obligaciones emanadas del contrato. Es por ello que si el concesionario no cumple con las obligaciones emanadas del contrato en cuanto a mantener la ruta en un estado adecuado para no producir daños a los usuarios, el ente estatal obligado a vigilar el cumplimiento de tal obligación incurre en culpa, esto es no haber tenido la debida diligencia y cuidado en la observación a la cual estaba obligado en relación al cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario”¹⁹⁴. Esto conlleva a que “la actividad de control implica para el Estado la organización administrativa de funcionarios e instituciones, es decir, hacer

¹⁹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, “Gómez Zúñiga, Julio con Autopista del Sol y otro”, Rol 8162-2009.

operativo el servicio de control y, si no lo hace eficientemente, asumir su responsabilidad por los daños ocasionados a particulares”¹⁹⁵,

En consecuencia, proponemos que el legislador debiera unificar el régimen de responsabilidad en todos los caminos públicos concesionados o no. Evidentemente no existen razones jurídicas para realizar discriminaciones entre usuarios de vías públicas concesionadas y vías públicas fiscales. Asimismo, la vía pública entregada en concesión, que no deja de pertenecer al Estado, tampoco deja de ser servicio público, con lo que de esta manera, es necesario aplicar a la explotación de la obra pública concesionada las normas de derecho público en lo que respecta a la relación con el usuario. De esta manera, la concesionaria es responsable por falta de servicio, y el criterio unificador con la Administración del Estado y las Municipalidades es la obligación de seguridad que deben guardar ambos entes para con el usuario vial. Hemos comprobado que tanto en la Ley de Tránsito, como en la Ley de Caminos, Ley Orgánica de Municipalidades y la LOCBGAE se desprende la existencia de esta obligación de seguridad, que tiene el mismo contenido y finalidad que la establecida en la Ley de Concesiones de Obra Pública y su Reglamento. Compartimos lo que sostiene el profesor Román, en el sentido de que “muchos autores han sostenido que en materia de Derecho de Daños, el fenómeno resarcitorio ya no

¹⁹⁵ WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos. El contrato de peaje. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2000. p. 58.

se debe centrar en el victimario y la culpa, sino en la víctima y en el daño. Si el daño es el mismo, el sistema de responsabilidad debe ser el mismo. ¿Por qué ha de ser distinto el régimen de responsabilidad frente a un mismo daño causado en una autopista concesionada que un camino urbano?”¹⁹⁶. Evidentemente es imposible sostener una dualidad de regímenes.

Los problemas existentes en nuestro régimen de concesiones viales son claros y latentes. De acuerdo a lo estudiado, pudimos apreciar que en el Derecho comparado existe un mayor análisis y desarrollo de la temática aquí planteada, así como también, mayores y mejores soluciones a los inconvenientes que se van presentando. Es claro, que tanto las normas, como la doctrina y la jurisprudencia existentes en nuestro país son problemáticamente escasos y poco uniformes. Y ello es lo que degenera en que finalmente los usuarios viales se encuentren desprotegidos y faltos de la lógica seguridad jurídica. Lo anterior, crea con urgencia la necesidad de realizar una reforma de nuestro sistema, teniendo por objetivo la existencia de normas claras y precisas, que logren la dictación de fallos asimiles bajo criterios similares, evitando todo tipo de vaivén jurídico, que finalmente, sólo perjudica a aquél automovilista que sufrió algún tipo de accidente en una carretera concesionada.

¹⁹⁶ ROMÁN Cordero, Cristián. Op. cit.165, p. 242.

Para nosotros, la problemática radica no sólo en la redacción de los artículos analizados a lo largo de este trabajo, sino en la manera privatista en la que los juristas la han abordado en sus trabajos. Asimismo, la jurisprudencia tampoco ha seguido una línea unidireccional y conforme con los principios inspiradores de la legislación que rigen las concesiones de obra pública. Existe escaso material que aborde la responsabilidad de las autopistas concesionadas dentro de la óptica del Derecho Público, y pareciera ser que existe una omisión deliberada por parte de los autores civilistas de comentar el artículo 21 de la Ley de Concesiones, la que obliga a la concesionaria las funciones incorporadas en el contrato “con arreglo a las normas de derecho público”.

Sin perjuicio de lo anterior, es siempre necesario tener presente el rol activo que desempeña el Estado mediante el Ministerio de Obras Públicas y el Inspector Fiscal, en labores de fiscalización y vigilancia de la obra entregada en concesión. Acá no existe una pasividad estatal frente a la explotación de la concesión, pues el Fisco tiene una obligación como garante de la seguridad de los usuarios, manifestada en las potestades sancionatorias que posee la Administración frente al concesionario, pudiendo incluso terminar anticipadamente, en los casos señalados por la ley, con el contrato de concesión. Como hemos expuesto en este trabajo, creemos que es procedente

la responsabilidad solidaria del Estado en los casos en que éste concurra por falta de servicio con la sociedad concesionaria.

De esta forma, y considerando que la obra pública concesionada nunca deja de ser un servicio público, se hace evidente y necesaria la homologación con el criterio aplicado respecto del Estado y las Municipalidades en cuanto son agentes responsables por falta de servicio en el incumplimiento de la seguridad vial en los caminos públicos. Siguiendo este orden de ideas, la doctrina es pacífica en reconocer que sobre las Municipalidades y el Fisco pesa una obligación de seguridad en la prestación de los servicios públicos para con los usuarios de estos, particularmente, en los caminos públicos, ya sean urbanos o rurales, existe la obligación de mantener una adecuada señalización, mantenimiento y vigilancia, lo que en definitiva se traduce en prestar el servicio en condiciones de continuidad y normalidad.

En definitiva, existe un criterio normativo denominado obligación de seguridad, el cual consiste en la aplicación de medidas que aseguren el normal desarrollo del tránsito en los vías públicas, sean o no concesionadas, consistiendo éstas en conservar una vigilancia adecuada a las condiciones de la ruta, mantenimiento de éstas, señalización que proporcione una oportuna información a los usuarios, y en general todas aquellas medidas que aseguren

la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad. El concepto de normalidad, proponemos, variará según las condiciones que posea la vía pública: autopista de alta velocidad, calles urbanas, caminos rurales, etcétera. Pero lo que no varía es el contenido genérico de la obligación de seguridad, la que se traduce en las innumerables actitudes que deben adoptar la Administración del Estado y las sociedades concesionarias.

La seguridad vial, ya sea garantizada por el Estado, la sociedad concesionaria o las Municipalidades, va directamente ligada con la prevención, lográndose a través de medidas tomadas por el órgano responsable. No existiendo dichas medidas se genera la inseguridad vial, aparejada de los accidentes, daños y sucesivas demandas.

Con todo, nuestra propuesta no viene a objetivizar (desde un punto de vista civilista) la responsabilidad de las sociedades concesionarias, sino que vamos más allá. Nuestra propuesta pretende por un lado reunir y homogeneizar la prestación del servicio en esta actividad, siempre otorgada por el Estado, pero que en las obras concesionadas se desarrolla mediante un ente privado, siempre bajo las normas de Derecho Público para tal efecto; y por otro lado, otorgar una garantía de carácter general para todos los usuarios de los caminos públicos, eliminando las odiosas distinciones entre quien utiliza o no una ruta

concesionada. Es necesario, entonces, que todas las personas que sufran daños en los caminos públicos, concesionados o no, tengan el mismo derecho a la misma garantía, bajo los mismos estándares, el cual es la falta de servicio.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALARCÓN JAÑA, Pablo. “*Comentario Jurisprudencial. Solidaridad en el pago de indemnización de perjuicios por Responsabilidad del Estado y de Sociedad Concesionaria en accidente en vía concesionada (autopista)*”, Santiago, Chile, En: ARANCIBIA, Jaime; MARTÍNEZ, José y ROMERO, Alejandro. “Litigación Pública”. Santiago, Chile, Editorial Libromar, año 2011.
2. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado*”. Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, número 2, año 1, diciembre de 2000, p. 77.
3. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “*Transparencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad*”. Santiago, Chile, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, número 55/56, año 1994, pp. 143 – 160.

4. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “*Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno*”. Santiago, Chile, Revista Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás, número 15, año 2005, pp. 149 – 154.

5. AWAD, Alejandra. “*Responsabilidad del Estado por falta de servicio*”. Santiago, Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, año 1987, p. 31.

6. AZAR, José María. “*La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización*”. Madrid, España, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 1999, pp. 1049-1053.

7. BERMÚDEZ, J. “*La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por falta de servicio y por daño ambiental*”. Valparaíso, Chile, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tomo XXIII, año 2002, pp. 245 – 256.

8. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. “*Daños por accidentes vehicular en carretera concesionada Ruta 5 sur tramo Talca Chillán*”. Santiago,

Chile, Revista Chilena de Derecho, volumen 35, número 3, año 2008, pp. 533 – 541.

9. BARROS BOURIE, Enrique. *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2006.

10. BITRÁN, E. y VILLENA, M. *“El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia institucional”*. Santiago, Chile, En: Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, número 117, año, 2010, pp. 175 – 217.

11. BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge. *“La responsabilidad de los concesionarios de rutas: un fallo ejemplar”*. Buenos Aires, Argentina, Revista Jurisprudencia Argentina, año 2000, tomo 2000-IV, p. 203 - 207.

12. BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge. *“Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario”*. Buenos Aires, Argentina, Revista Jurisprudencia Argentina, año 1997, tomo 1997-IV, p. 838 - 865.

13. BRAHM, A. *“Autopistas urbanas”*. Santiago, Chile, Revista ARQ, Pontificia Universidad Católica, número 60, año 2005, pp. 28 – 29.
14. BURGOS, Débora y MARCHAND, Mercedes. *“Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos”*. Buenos Aires, Argentina, Revista Jurisprudencia Argentina, año 1997-I, p. 756 – 771.
15. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *“Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella”*. Buenos Aires, Argentina. Revista La Ley, año 1992, tomo 1992-D, p. 194-199.
16. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *“La responsabilidad civil por los daños sufridos por los usuarios de autopistas de peaje en la jurisprudencia”*. Madrid, España, Revista de Derecho Patrimonial, año 2002.
17. CALDERA DELGADO, HUGO. *“Sistemas de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1982.
18. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *“El servicio público y las técnicas concesionales”*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, año 1995-C.

19. CORDERO VARGAS, Ricardo. *“Rol regulador del Estado en obras viales concesionadas”*. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas, Departamento de Ingeniería Industrial, año 1999.
20. CORDERO VEGA, Luis. *“Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración”*, Santiago, Chile, Revista de Derecho Público, número 66, p. 371 y ss.
21. CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2003.
22. DIEZ SCHWERTER, José Luis. *“Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: Panorama normativo y jurisprudencial”*. Valparaíso, Chile, Estudios de Derecho Civil, Jornadas nacionales de Derecho Civil III, Editorial Legal Publishing, año 2007, pp. 817 – 844.
23. DIEZ SHWERTER, José Luis. *“La responsabilidad civil del concesionario de obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el Derecho chileno”*. Valparaíso, Chile, Revista de

Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2012,
pp. 121 – 156.

24. DOMPER RODRÍGUEZ, María de la Luz. *“Concesiones de obras públicas: lo que hemos avanzado y cuánto ha ganado Chile”*. En: LARROULET, Cristian y DOMPER, María de la Luz. *“Concesiones: Agenda para el 2020”*. Santiago, Chile, Libertad y Desarrollo, año 2009.

25. ENGEL, Eduardo; FISHER, Ronald y GALETOVIC, Alexander. *“La regulación de las concesiones viales”*. Santiago, Chile, CEP, año 1997.

26. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. *“La acción constitucional de la responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”*. Santiago, Chile, Revista chilena de Derecho, volumen 16, número 2, año 1989.

27. FISHER, Ronald. *“Las concesiones de infraestructura: desafío para el futuro”*. Santiago, Chile, Instituto de Ingeniero Chile, año 2000, pp. 39 – 43.

28. GALDÓS, Jorge. *“Visión jurisprudencial de la responsabilidad de los concesionarios de rutas por peajes”*. Buenos Aires Argentina, año 1999, tomo 1999-V, p. 1328 – 1344.
29. GAMBIER, BELTRAN. *“Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia”*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, año 1990-E, pp.617-627.
30. GREENE, M. y MORA, R. *“Las autopistas urbanas concesionadas. Una nueva forma de segregación”*. Santiago, Chile, Revista ARQ, Pontificia Universidad Católica de Chile, número 60, año 2005, pp. 56- 58.
31. HARDOY, Emilio y LAURA, Guillermo. *“Definición de un sistema jurídico institucional para la ejecución, mantenimiento y administración de obras viales”*. Buenos Aires, Argentina, volumen I, p. 26.
32. HISE, Mónica y ROSELLO, Gabriela. *“Peaje”*. Buenos Aires, Argentina. Revista Jurisprudencia Argentina, año 2000, tomo 2000-IV, p.1110-1117.

- 33.HUEPE ARTIAGAS, Fabián. “*Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*”. Santiago, Chile, Editorial, Lexis Nexis, año 2006.
- 34.HUTCHINSON, Tomás. “*Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito*”. Buenos Aires, Argentina, Revista de Derecho de Daños, año 1998, número 3, p. 312 - 326.
- 35.IBARRA CORONADO, Rafael. “*La ley de concesiones de obras públicas chilenas en el tiempo*”. Bogotá, Colombia, Revista de Derecho Internacional, año 2011.
- 36.KLENNER, Arturo. “*Demanda de indemnización de perjuicios por daños personales o patrimoniales en el tránsito en vías concesionadas: Una aproximación desde la práctica y la jurisprudencia*”, Santiago, Chile, Editorial Aremi, año 2007.
- 37.LEPE CAICONTE, Paula. “*El sistema de concesión de obras públicas*”. Santiago, Chile, Gaceta Jurídica, número 323, pp. 7 – 13.

- 38.LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. “*Animales sueltos en rutas y responsabilidad civil*”. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1996-A, pp.1329-1342.
- 39.LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. “*Hacia una consagración unánime de la doctrina de la irresponsabilidad del ente vial por el accidente producto de animales sueltos*”. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1999-E, pp.143-147.
- 40.LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. “*Peaje, animales sueltos en rutas y empresas concesionarias viales*”. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1998, tomo 1998-F, p. 284 y ss.
- 41.LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo. “*Responsabilidad civil en rutas y vías de circulación, el rol de los concesionarios viales*”. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1999, p. 151 y ss.
- 42.LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “*Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*”. Santiago, Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, número 1, pp. 44 y ss.

43. LORENZETTI, Ricardo Luis. *“Accidentes de Tránsito y responsabilidad del Estado por omisión”*. Buenos Aires, Argentina, Revista de Derecho de Daños, año 1998, número 1, p. 67 - 111.
44. LORENZETTI, Ricardo Luis. *“Concesionarios viales: ¿En qué casos hay responsabilidad? La responsabilidad de los concesionarios viales”*. Buenos Aires, Argentina, Revista de Derecho de Daños, año 1998, número 3, pp.157-174.
45. MALJAR, Daniel Edgardo. *“Naturaleza de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público”*. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1997-E, pp. 1245-1260.
46. MERTEHIKIAN, Eduardo. *“Reforma del Estado. El proceso de traspaso a la actividad privada cometida por estatales”*. Buenos Aires, Argentina, Revista la Ley, año 1991-D, pp.790-798.
47. MORAGA KLENNER, Claudio. *“Contratación Administrativa”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007.
48. MORAGA KLENNER, Claudio. *“Los contratos administrativos en la doctrina chilena (1859-2009)”*. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. “Derecho

Administrativo, 150 años de doctrina. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009.

49. MORAGA KLENNER, Claudio. “*Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena. La reforma de la Ley de Concesiones de Obras Públicas*”. Guadalajara, México, Revista Internacional de Administración Pública, año 2012.

50. MÉNDEZ, Enrique. “*Distribución del riesgo: Clave del éxito de programa de concesiones en Chile*”. En: Concesiones y suelo urbano: Dos claves para la inversión. Santiago, Chile, Cámara chilena de la construcción, año 2004, pp. 27 y ss.

51. PADILLA, Rodrigo y ARIAS CAU, Esteban Javier. “*La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las privatizaciones (concesionarias de peaje)*”. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1997, tomo 1997-F, p. 1425 – 1430.

52. PÉREZ NEGRETE, Higinio. “*Historia y análisis de las concesiones viales*”. Bogotá, Colombia, Revista Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, número 27, año 2007, pp. 215 – 227.

53. PÉREZ HUALDE, Alejandro. *“El concesionario de servicios públicos privatizados”*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, año 1997.
54. PIERRY ARRAU, Pedro. *“Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas”*, Valparaíso, Santiago, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, número 8, año 1984.
55. PIERRY ARRAU, Pedro. *“Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”*. Santiago, Chile, Revista de Derecho Público, número 59, año 1996, pp. 302 y ss.
56. PIERRY ARRAU, Pedro. *“La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”*. Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, volumen I, año 2000.
57. PIERRY ARRAU, Pedro. *“¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”*. Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, número 11, año 2004.

58. PIROTA, Martín. “Inseguridad vial. ¿Quién es el responsable?”. En: www.martindiegopiota.com.ar. Visitado el 26 de enero de 2014.
59. PIROTA, Martín. “*Accidentes de tránsito en carreteras concesionadas: Evolución de la jurisprudencia argentina desde principios de los años '90 hasta nuestros días*”. En: www.martindiegopiota.com.ar. Visitado el 26 de enero de 2014.
60. PIROTA, Martín. “*Compendio Jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*”. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2003.
61. PIROTA, Martín. “*Inseguridad en carreteras concesionadas por el peaje: ¿Quién es el responsable?*”. En: www.mercadoasegurador.com.ar. Visitado el 22 de junio de 2014.
62. PIROTA, Martín. “*La responsabilidad civil por accidentes de tránsito en autopistas y corredores viales: repaso y estado actual de la cuestión*”. En: www.martindiegopiota.com.ar. Visitado el 26 de enero de 2014.
63. PIROTA, Martín. “*Peaje y Responsabilidad Civil*”. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lumiere, año 2000.

64. PISERCHIA, Raúl Oscar. Las concesiones de servicios públicos en la reforma del Estado”, Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1997, tomo 1997-B, p. 1407-1423.
65. POCLAVA LAFUENTE, Juan. “Accidentes causados por animales en rutas otorgadas en concesión”, Buenos Aires, Argentina, La Ley, año 1992, tomo 1992-D, p. 336 – 340.
66. QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. “¿Responsabilidad del Estado por actos ilícitos?”, Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, volumen I, año 2000.
67. RABAT CELIS, Fernando José. “Responsabilidad civil de las sociedades concesionarias de obras públicas fiscales respecto del usuario de las mismas”, Santiago, Chile, Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2007.

68. REGLERO CAMPOS, Fernando. *“La responsabilidad civil del concesionario de autopistas”*, Madrid, España, Revista Doctrinal Aranzadi Civil, III, año 1999.
69. RINESSI, Antonio. *“La desprotección de los usuarios viales”*. Buenos Aires, Argentina, Revista de Derecho de Daños, número 3, pp. 111 – 137.
70. RINESSI, Antonio. *“El servicio público y la defensa del usuario”*. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1995-E, pp. 1148-1158.
71. ROMÁN CORDERO, Cristián. *“La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado y su necesaria modelación en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos”*. Santiago, Chile, Revista de Derecho Público, número 66, año 2004, pp. 405 y ss.
72. ROMÁN CORDERO, Cristián. *“Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado”*. Santiago, Chile, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, año 2005, pp. 509 y ss.

73.ROMÁN CORDERO, Cristián. *“Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su concesionario vial, frente al usuario lesionado”*. Valparaíso, Chile, Actas XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. El Derecho público chileno ante la globalización, año 2006.

74.ROMÁN CORDERO, Cristián. *“Una piedra en el camino me enseñó que mi destino era llorar y llorar. Carreteras concesionadas”*. La semana Jurídica. N° 305, año 2006.

75.ROMÁN CORDERO, Cristian. *“Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia”*. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (coordinadores). *“Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados”*. Ciudad de México, México, año 2007.

76.ROMÁN CORDERO, Cristian. *“Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿Paga Moya?”*. Santiago, Chile, En: *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, año 2009, pp. 255 – 288.

77. RUFÍAN LIZANA, Dolores. *“Manual de concesiones de obras públicas”*. Santiago, Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica, año 1999.
78. RUFÍAN LIZANA, Dolores. *“Políticas de concesión vial. Análisis de las experiencias en Chile, Perú y Colombia”*. Santiago, Chile, Serie Gestión Política, CEPAL, año 2002.
79. SAGARNA, Fernando Alfredo. *“Responsabilidad civil del Estado por defectos en construcciones viales. Lomo de burro o resalto defectuoso”*. Madrid, España, Revista de Responsabilidad Civil y seguros, año 2001, pp.4912-501.
80. SÁNCHEZ ALBARRÁN, Oscar. *“Autopistas de peaje y animales: la imposible prueba del agotamiento de la diligencia”*. Madrid, España, Diario La Ley, número 7279, año 2009.
81. SARMIENTO GÜEMES, Manuel. *“Concesiones viales. Relaciones jurídicas”*. Buenos Aires, Argentina, Revista La Ley, año 1995-C, pp.1164-1189.

82. SCALVINI, Elda Elena y LEIVA, Claudio Fabricio. *“Circulación de automotores sin seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por omisión”*. VII Congreso Internacional De Derecho De Daños Responsabilidades en el siglo XXI. Ponencia N.64. Asociación de Abogados de Buenos Aires. En: www.aaba.org.ar/bi20op64.htm. Visitado el 22 de junio de 2014.

83. SERAFINOFF, Valeria. *“El rol del Estado en la concesión de obras viales: las experiencias argentina y chilena en perspectiva comparada”*. Santiago, Chile, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, año 2005.

84. SOTO KLOSS, Eduardo. *“Derecho Administrativo. Bases fundamentales”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1993.

85. SOTO KLOSS, Eduardo. *“La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno”*. Santiago, Chile, Revista Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás, número 9, año 2002, pp. 111 – 118.

- 86.SOTO KLOSS, Eduardo. “Comentario a Concha Soffia c/ Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Santiago, 18.8.2008, ROL 11965-2004”. Gaceta Jurídica, número 338, año 2008, pp. 20 – 29.
- 87.VARGAS FRITZ, José Fernando. “La concesión de obras públicas”. Santiago, Chile, Ediciones La Ley, año 1997.
- 88.VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. “La responsabilidad de los concesionarios viales por los animales sueltos en las rutas: otra sentencia en la senda correcta”. Madrid, España, Revista de Responsabilidad Civil y seguros, año 1999, pp.461-479.
- 89.VENEGAS, Patricia Pilar y COMPIANI María Fabiana. “Responsabilidad por los daños generados por el mal estado de conservación de los corredores viales. El peaje: ¿tributo o precio?”. Buenos Aires, Argentina, Revista de Jurisprudencia Argentina, Tomo 1992-E, año 1992, pp. 1208 – 1221.
- 90.VIAL CORREA, Gonzalo. “El Estado paga”. Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año 1, número 2, año 2000.

91. VINAIXA POBLETE, Julia. *“Actos y contratos administrativos”*. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, año 2007.
92. VIÑUELA HOJAS, Mauricio. *“La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales en Chile”*. Santiago, Chile, Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás, número 7, año 2001, pp. 35 – 55.
93. VIÑUELA HOJAS, Mauricio. *“La concesión de obras públicas en Chile ¿Privatización de la responsabilidad del Estado en la empresa concesionaria?”*. Santiago, Chile, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, número 7, año 2004.
94. VIÑUELA HOJAS, Mauricio. *“El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo”*. Santiago, Chile, Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica, número 1, año 2007, pp. 39 – 70.
95. WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos. *“El contrato de peaje”*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria, año 2000, pp. 53 – 60.

96. YMAZ VIDELA, Martín Rafael e YMAZ COSSIO, Esteban Ramón.
“Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas”. Buenos Aires, Argentina, Revista de Jurisprudencia Argentina, año 1997, tomo 1997-F, p.1013-1032.

ANEXO N° 1

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. Aguilar y otros con Veloso y Autopista del Sol. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 4381 – 2008.
2. Avilés Sepúlveda, María con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 77-2010.
3. Barros Aldunate, Juan Patricio con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 4240-2011.
4. Beltrán con Ruta de la Araucanía Sociedad Concesionaria S.A. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 1414-2010.
5. Borjes Muñoz, María Teresa con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 9275-2006.
6. Bravo Cisternas, Freddy y otros con Autopista Aconcagua S.A. Corte Suprema. Rol N° 6370-2009.
7. Cabezas Muñoz, Edith con Ruta del Bosque Sociedad Concesionaria S.A. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 483-2012.
8. Calderón Reyes, Elisa con Ruta del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 1441-2003.

9. Camposano Carvajal, Paola con Sociedad Concesionaria Autopista del Bosque y Araus Vallebuena Sandra. Corte Suprema. Rol N° 2762-2010.
10. Canales Valenzuela, María con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán. Corte Suprema. Rol N° 6919-08.
11. Catalán Menares, Mario Edgardo con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. 25° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° C-4417-2006.
12. Cárdenas Amoyao, María con Ruta de la Araucanía Sociedad Concesionaria S.A. y otros. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 5519-10.
13. Cartoni Viale, Orlando con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico y otro. Corte Suprema. Rol N° 5626-2011.
14. Combeau Trillat, René Ernesto con Ruta del Pacífico S.A y Estado de Chile. Corte Suprema. Rol N° 6229 – 2010.
15. Concha Soffia, Cristián con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.965-2004.
16. Contreras Gallardo, Luciano con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A. Corte de Apelaciones de La Serena. Rol N° 179-2011.
17. Contreras Ossandon, Juan y otra con Sociedad Concesionaria Autopista Los Libertadores S.A. 9° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 38753-2009.

18. Corvalán Contreras con Sociedad Concesionaria Camino Nogales – Puchuncaví S.A. y Fisco de Chile. 14° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 9530-2004.
19. Crocco Villarroel, Juan Alejandro con Sociedad Concesionaria AMB S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2277-2010.
20. Donoso Solís, Eduardo Enrique con Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A. 20° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 7233 – 2005.
21. Ebner O. Constantino con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A. Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 118-2011.
22. Fernández Fornés, Francisco Javier con Sociedad Concesionaria de Carreteras Talca Chillán S.A. y Fisco de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 1677-2003.
23. Fernández Gómez, Víctor con Soc. Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. 5° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° C-15481-2006.
24. Forttes Iribarren, Claudia Paz con Sociedad Concesionaria Elqui S.A. Corte de Apelaciones de La Serena. Rol N° 22-2007.
25. Frölich Albrecht con Concesionaria Los Lagos S.A. Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 435 – 2006.
26. Galdames Morales, Héctor con Camino de la Madera Concesionaria S.A. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 2761-2003.

27. Gaule y otros con Concesionarias Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 676 – 2006.
28. Gómez Zúñiga, Julio con Autopista del Sol y Fisco de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 8162 – 2009.
29. González Melo, Eliana del Carmen y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Sol. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 730-2008.
30. González Vergara, Jorge con Ruta 5 Tramo Talca – Chillán. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3311 – 2009.
31. Herraz Díaz, Nancy con Autopista del Sol. Corte Suprema. Rol N° 2282-10.
32. Huerta con Concesionarias Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 7152 – 2003.
33. Kracht con Camino de La Madera . Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 1015 – 2002.
34. Lazo Barra con Autopista del Maipo S.A. y Fisco. Corte Suprema. Rol N° 6562-2009.
35. Leiva con Sociedad Concesionaria Autopista del Itata. 14° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 4255-2010.
36. Lomeña con Concesionaria Tribasa Bío Bío S.A. 4° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 30316-2009.

37. Medina con Concesionaria de Los Lagos S.A. Corte Suprema. Rol N° 5678-2012.
38. Melendo Pérez, Rafael con Concesionaria Autopista Aconcagua S.A. 3° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° C 8442 – 2007.
39. Monares con Sociedad Concesionaria Ruta 5 Tramo Talca – Chillan. 15° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 24212-2011.
40. Moya Acevedo, Ángel Gabriel y otros con Autopista del Maipo S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 9196 – 2006.
41. Muñoz Cuevas, Alejandro Marcelo y otra con Camino de la Madera Sociedad Concesionaria S.A. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 1420 – 2010.
42. Neira Cáceres, Roberto con Autopista del Bosque S.A. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 1051-2011.
43. Ojeda con Sacyr Chile S.A. Corte Suprema. Rol N° 5.833 – 2007.
44. Opazo Ruíz, César con Fisco de Chile y otros. Corte Suprema, Rol N° 3.437 – 2007.
45. Orellana Hidalgo con Camino de la Madera. 3° Juzgado Civil de Concepción. Rol N° 5296-2006.
46. Ortega Bustamante, Ángel con Autopista Central. Rol N° 272-2010. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 272-2010.

47. Ortiz Tamayo, Margarita con Autopista Central. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 963-2007.
48. Ramírez M. Juan y otro con Ruta de Los Ríos Concesionaria S.A. Corte Suprema. Rol N° 2911-2011.
49. Rehbein con Concesionaria Los Lagos S.A. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol N° 9.412 – 2006.
50. Reyes Silva, Francisco y otro con Zegers León Eugenio y otro. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 10202-2006.
51. Sandoval Poo, Emilio y otros con Sociedad Concesionaria Collipulli – Temuco S.A. Corte Suprema. Rol N° 5656-07.
52. Sánchez y otros con Autopista del Sol. Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 543 – 2004.
53. Sepúlveda con Autopista Aconcagua S.A. Corte de Apelaciones de La Serena. Rol N° 215.611 – 2003.
54. Silva Jara y otro con Concesionaria Los Lagos S.A. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol N° 512 – 2006.
55. Silva Santibáñez, María con Autopista del Sol. 18° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 2896-2012.
56. Toledo Acuña, Luis Armando con Sociedad Talca Chillán Sociedad Concesionaria S.A. 3° Juzgado Civil de Talca. Rol N° 4661-2004.

57. Urrejola González, Eduardo y otros con Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria. 30° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 25575-2012.
58. Valck, Gladys con Fisco de Chile. 2° Juzgado Civil de Santiago. Rol 1486 – 2003.
59. Varas Boetsch, Miguel y otra con Fisco de Chile y otra. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 6523-09.
60. Vidal Pedrotti, Sandra con Concesionaria Ruta de Los Ríos. Corte Suprema. Rol N° 4263-2011.
61. Vidal Ponce, Marlene Angélica con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 306-2010.
62. Wolnitzki Reyes, Raúl con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. 14° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 28069-2007.

ANEXO N° 2

COMPENDIO JURISPRUDENCIAL

1.

Caratulado	Valck, Gladys con Sociedad Autopista Central S.A. y Otro.
Tribunal	2° Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	Inelie Durán Madina
Rol	C-1486-2003.
Hechos	Piedra arrojada por mujer con facultades mentales alteradas desde pasarela peatonal.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Exención de responsabilidad del Fisco en base al artículo 35 de la Ley de Concesiones.
Estado procesal	Sentencia de primera instancia. Causa terminada por avenimiento.

La sentencia del Juzgado Civil, desestima la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, argumentando lo siguiente: “14) Que, de las normas legales y contractuales antes

transcritas, es posible concluir que, respecto de una obra pública fiscal concesionada, la responsabilidad por los daños causados a terceros [...] corresponde única y exclusivamente al concesionario, salvo, que el daño sea imputable a medidas impuestas por el MOP”; “16) [...] La pasarela de Márquez de Ovando era una de aquellas que debía reemplazarse, pero entretanto, la concesionaria estaba obligada a mantenerla y conservarla”; 17) [...] no habiéndose establecido por la Concesionaria que el accidente sufrido por el demandante y su familia sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP [...] siendo ésta la única hipótesis de responsabilidad fiscal que establece el artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y que exime a la Concesionaria [...] Cabe acoger la excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por el Fisco [...] pues, en efecto, no se configuran, en el caso de marras, los presupuestos de responsabilidad del Estado que invoca el actor, particularmente, en lo relativo a la existencia de falta de servicio, pues no es dable pensar que el ente público incurriera en una disfunción u omisión de funciones de mantención o seguridad, si no tenía, en rigor, el deber de las mismas”.

2.

Caratulado	Canales Valenzuela, María y otros con Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A. y Otro.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Sonia Araneda, Haroldo Brito, abogado integrante Arnaldo Gorziglia.
Rol	6919-08
Hechos	Intromisión de caballos a tiro de una bicicleta en la carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Obligación de seguridad. La sociedad concesionaria tiene la obligación, para con el usuario, de adoptar aquellas medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes en ella. En el caso en comento, existía para la empresa, el deber de implementar barreras laterales, las cuales eran estrictamente necesarias, considerando las características de la carretera.
Estado procesal	Sentencia que rechaza recurso de casación en el fondo.

“20) Que es pertinente indicar que los sentenciadores consideran que en este caso corresponde a la sociedad concesionaria una responsabilidad

de naturaleza objetiva. Acuñan este razonamiento entendiendo que en las bases de licitación y en el contrato de concesión celebrado entre la sociedad concesionaria y el Fisco de Chile se utilizan expresiones tales como “el concesionario deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros”. 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---. Coligen que esas declaraciones involucran la voluntad de sustraerse a las normas supletorias de aplicación general que regulan la responsabilidad extracontractual del Código Civil. Refuerzan el razonamiento al sostener que al expresarse en un contrato el hecho de asumirse responsabilidad por eventuales daños, la expresión indica la voluntad de restarse a las normas de responsabilidad subjetiva y por ende de liberar al acreedor de la obligación de probar la culpa o dolo [...]”; “21) [...] Es así que se ha expresado que este tipo de responsabilidad se refiere a aquella cuyo único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado se halla en la obligación de indemnizar los perjuicios que se acrediten como atribuibles al hecho causal. Se ha expuesto además que lo que se busca mediante este régimen es mejorar la situación de las víctimas, dispensándolas de probar la existencia de una culpa en el origen del daño”; “24) [...] 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 [...]; “33) Que considerado lo que se ha manifestado en la motivación 31°, cabe analizar si es efectivo que se infringen las normas sobre responsabilidad aquiliana, partiendo del planteamiento formulado por los jueces del mérito en orden a que la sociedad concesionaria incumplió una obligación de seguridad que le era exigible, específicamente el deber de implementar barreras laterales en

la ruta concesionada. Al respecto es necesario señalar que el artículo 23 del D.F.L. 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas, expresa que es obligación de la sociedad concesionaria la de conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, facilitar la continuidad de la prestación del servicio en 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 y a prestar ininterrumpidamente el servicio, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor”; “34) Que en dicha línea argumental, este Tribunal comparte el planteamiento enunciado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto efectivamente pesa sobre la sociedad concesionaria para con el usuario de una ruta concesionada la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes en aquélla, la que en el caso que se analiza fue incumplida. En efecto, como lo expone el fallo impugnado, existía un deber de implementar barreras laterales, resguardo que era necesario en razón de lo que se puntualiza por los jueces, esto es, considerando las especiales características del camino o autopista y su entorno”; 35) Lo expresado revela que aunque

fuere cierto el sustento fáctico de lo que se propugna en el recurso en el cuarto capítulo, esto es, que existan otros agentes causales del daño - como el propietario del animal embestido por el camión o el ciclista que tiraba de los caballos- ello no es óbice para determinar que la sociedad concesionaria también es obligada a la indemnización por existir una concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables. Por ello, no es efectivo que se haya cometido error de derecho respecto a las normas de responsabilidad extracontractual”; “36) Que en el último capítulo del recurso de nulidad se sostiene que es un error considerar que es obligación de la concesionaria instalar barreras y realizar todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento oportuno de la obligación de otorgar seguridad a los usuarios basado ello en una extensión de los efectos del contrato de concesión invocando el artículo 1546 del Código Civil. Con arreglo a lo que se ha razonado a lo largo de este fallo, es inequívoco que en la sociedad demandada recae el deber de seguridad en la explotación y conservación de las rutas concesionadas, traducido en la especie en la implementación de barreras laterales consideradas las particulares características del tramo en que ocurrió el accidente y su entorno -conclusión a la que en definitiva llega el fallo impugnado-, obligación que como se ha visto nace del artículo 23 del D.F.L. 160 en correspondencia con las pautas normativas y técnicas entregadas en el

Manual de Carreteras. En esas circunstancias, no resulta efectivo el yerro que se atribuye en el capítulo aludido”; “37) 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”.

3.

Caratulado	Gómez Zúñiga, Julio contra Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A y otro.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Patricio Villarroel, Pilar Aguayo, abogado integrante Enrique Pérez.
Rol	8162-2009

Hechos	Cruce de tres caballos sueltos en la carretera.
Temas	Responsabilidad contractual. Artículo 2317 del Código Civil. El deber de inspección y vigilancia que tiene la Administración del Estado, no sólo importa la detección de irregularidades en la carretera, sino también la remisión a la sociedad concesionaria de las observaciones, la posterior fiscalización de las reparaciones y la presentación de multas en caso de incumplimiento.
Estado procesal	Se rechaza Recurso de Casación en la Forma. En cuanto a Recurso de Apelación, se confirma sentencia de primera instancia.

“9) Que tratándose de un hecho único el causante del daño producido a las víctimas actoras de autos, y siendo los intervinientes en el mismo dos partes, cuales son las demandadas Fisco de Chile y Autopista del Sol S.A. ASSA. resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 2.317 del Código Civil, el que no distingue si el delito o cuasidelito civil ha sido cometido por acción u omisión, resultando aplicable al respecto el aforismo de que donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir; por lo que resulta acertada la disposición del fallo recurrido que aplica la solidaridad dispuesta en el artículo 2.317 del Código de Bello a las demandadas”; “11) [...] resulta

que es obligación del Ministerio de Obras Públicas vigilar y obtener el cumplimiento efectivo por parte del concesionario de tales obligaciones emanadas del contrato. Es por ello que si el concesionario no cumple con las obligaciones emanadas del contrato en cuanto a mantener la ruta en un estado adecuado para no producir daño a los usuarios, el ente estatal obligado a vigilar el cumplimiento de tal obligación incurre en culpa, esto es no haber tenido la debida diligencia y cuidado en la observación a la cual estaba obligado en relación al cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario”; “ 12) Que no resulta aceptable la excepción del Fisco de Chile en cuanto a que un inspector fiscal habría inspeccionado y vigilado permanentemente el cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato de concesión, toda vez que si en la realidad se produjo el hecho ilícito causante del daño cuya indemnización demandan las víctimas, es porque tal labor de inspección y vigilancia no fue realizada adecuadamente, sino que en forma imperfecta que impidió detectar las posibles causas del ilícito de autos”; “13) Que no es posible aceptar la excepción de haber empleado la debida diligencia y cuidado mediante el simple envío, a la concesionaria, por parte del Ministerio de Obras Públicas, de un informe donde se le ordena la reparación de cercos, ya que tal actuación no exime de responsabilidad; toda vez que no constituye un actuar diligente la mera

remisión de observaciones, sino que la real y efectiva comprobación posterior de que tales observaciones o reparaciones de que se trate, han sido efectivamente realizadas”; “14) Que no corresponde a las víctimas del perjuicio el probar la causa por la cual ingresaron los animales a la autopista, ni el lugar por donde lo hicieron, lo que en definitiva podría resultar irrelevante; toda vez que estas res mobile nunca debieron estar en dicho lugar; y si así ocurrió, con las lamentables consecuencias producidas, se debió al incumplimiento de la obligación de la concesionaria de mantener en buen estado la ruta, obligación que emana del contrato de concesión no discutido por las partes; y del ente encargado de vigilar dicho cumplimiento cual es el Ministerio de Obras Públicas”; “15) Que colinda con lo absurdo la afirmación de la concesionaria demandada en cuanto a que no es dueña ni tiene a su cuidado animal alguno, puesto que su responsabilidad no emana del dominio de los animales sino de no haber tenido el cuidado debido para impedir el ingreso de los mismos. De igual forma no es aceptable el que le resulte imposible prevenir en cada kilómetro la presencia de cercos rotos o dañados, en circunstancias que en virtud del contrato de concesión es que tiene el derecho a cobrar a los usuarios una tarifa por cada kilómetro transitado. Existiendo por ende el derecho a cobrar tal tarifa por cada distancia usada, kilómetro o metro de camino de que se

trate, es equivalente la obligación de mantener en correcto estado similar distancia, conclusión propia de todo contrato bilateral”.

4.

Caratulado	Catalán Menares, Mario contra Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. y otro.
Tribunal	25° Juzgado Civil de Santiago
Juez Titular	Susana Rodríguez Muñoz.
Rol	C-4417-2006
Hechos	Cruce intempestivo de peatón.
Temas	Responsabilidad estricta. Responsabilidad de la empresa concesionaria y en subsidio del Fisco de Chile, ello, pues el Estado permanece como garante de la prestación del servicio.
Estado Procesal	Sentencia de primera instancia.

La sentencia del 25° Juzgado Civil de Santiago, condena al Ministerio de Obras Públicas, representado por el Fisco de Chile, basándose su considerando trigésimo tercero, principalmente en que tanto las

Municipalidades como el Fisco tienen deberes legales de servicio, que les hacen responsables de los accidentes producidos por el mal estado de las vías públicas. Además, fundamentándose en el artículo 35 del Decreto N° 900 de 1996, nuevamente todo indica que el Estado y las Municipalidades poseen dicha responsabilidad por el mal estado de las vías, sin que les sea admisible la excusa de haber delegado en un tercero la prestación del servicio. Además, y de acuerdo al considerando siguiente, se señala que “34) [...] debe tenerse presente que la obligación en comento debe ser coincidente con la de otorgar adecuadas medidas de seguridad para la circulación de los vehículos motorizados por las vías concesionadas [...] En la especie, y para un uso ideal de las vías concesionadas, debió tenerse en consideración el riesgo que implica para los usuarios el ingreso a las vías de peatones y/o animales”. Además, se señala que “36) [...] el hecho ilícito lo configura la inexistencia de medidas adecuadas de seguridad frente al ingreso de peatones, como asimismo la inadecuada protección en el puente del canal Tuzano, las que, en caso de haber existido como tal, habrían evitado las consecuencias que los demandantes invocan”. Finalmente, “39) [...] el Fisco de Chile, asimismo, incurre en responsabilidad por cuanto, una parte, conserva la misma, a razón de tratarse de bienes nacionales de uso público, siendo de su cargo incurrir por falta de

servicio, los que no dejan de serlo por delegar su explotación en terceros particulares y que, por otra parte, [...] el Fisco conserva una responsabilidad subsidiaria en la hipótesis de delegar en privados la prestación de un servicio que por ley les corresponde desarrollar [...] el Estado permanece como garante de la prestación del servicio de conformidad con el estándar exigible”.

5.

Caratulado	Varas Boetsch, Miguel con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. y Otro.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Cornelio Villarroel, Dobra Lusic, fiscal judicial María Loreto Gutiérrez.
Rol	6523-2009
Hechos	Piedra arrojada por terceros desde pasarela peatonal.
Temas	Responsabilidad objetiva. Es la Ley de Concesiones la que ha establecido en materia de responsabilidad que ésta queda radicada en el concesionario, y no en el Fisco. Distinto es el caso de la sociedad concesionaria,

	cuya responsabilidad emana de la Ley de Concesiones y de su Reglamento, en particular de los artículos 35 y 62 N° 2, respectivamente. La necesidad de que la sociedad concesionaria adopte medidas de seguridad va más allá de las mínimas contenidas en las bases de licitación.
Estado procesal	Recurso de Casación en la Forma se declara sin lugar. Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada parcialmente.

“7) Que en cuanto dice relación con las alegaciones del Fisco de Chile, debe tenerse presente que en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia la regla general es la responsabilidad por culpa, en tanto el régimen de responsabilidad objetiva del Estado tiene aplicación restrictiva, es excepcional y por lo tanto, de derecho estricto. Y es del caso que dicha clase de responsabilidad no se encuentra establecida en la Ley de Concesiones, según se constatará a continuación”

“9) [...] conforme al precepto constitucional es la Ley de Concesiones, aplicable en la especie, la que ha establecido en materia de responsabilidad que ésta queda radicada en el concesionario, y no en el Fisco. Es pues en virtud de esta norma expresa que el sujeto responsable es aquél concesionario, quien, como se ha afirmado por la doctrina, responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido

delegadamente una función pública". "El desplazamiento de la tarea pública de la tarea pública a un concesionario significa que éste también debe asumir la responsabilidad que se sigue de las funciones que le son delegadas." (Enrique Barros Bourie. "Tratado de responsabilidad extracontractual"). Frente a las disposiciones legales expresas que regulan la materia el tribunal no puede excepcionarse de aplicarlas por estimarlas contrarias a los preceptos constitucionales, particularmente los deberes de estar al servicio de la persona humana y promover el bien común contenidos en el artículo 1 de la Constitución Política, pues en rigor este mandato constitucional no conlleva una responsabilidad del Estado a todo evento, sino únicamente en los casos en que la ley se la asigne"

"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"

"12) Que la necesidad, 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 previsible 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”.

6.

Caratulado	Cárdenas Amoyao, María con Ruta de la Araucanía Sociedad Concesionaria S.A. y Otros.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Jorge Zepeda, Mario Rojas, abogada integrante Paola Herrera.
Rol	5519-2010
Hechos	Quema de pastizal por terceros que disminuyó visibilidad en la carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Acción de terceros. Responsabilidad contractual de la concesionaria, por cuanto no proporcionó a los usuarios que pagan por transitar por la carretera, un actuar diligente. Al producirse la acumulación de humo, no reaccionó como

	<p>debía, evitando el accidente frente a hechos notorios y previsibles. Por tanto se desestima el argumento de “caso fortuito”.</p> <p>Artículo 35 de la Ley de Concesiones y artículo 62 N° 2 del Reglamento.</p>
Estado procesal	<p>Recurso de Casación en la Forma rechazado. Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.</p>

“11) [...]La responsabilidad que se ha perseguido en autos es extracontractual de carácter civil, diversa de la pena, siendo la apelante responsable civilmente, ya que a su respecto existe culpa, la que se evidencia, como se dijo, porque con la quema que llevó a cabo provocó el humo que, posteriormente, posibilitó el grave accidente, con resultado de muertes y lesiones para diversas personas, tal como se ha concluido en primer grado, debiendo por ende, responder en la forma como se la ha demandado”;

“13) Que, en efecto, tal como expone el Fisco de Chile, el Estado no tiene responsabilidad alguna en los hechos de que se trata. Ni como ente fiscal, en cuanto propietaria de las carreteras concesionadas, ni en cuanto responsable por omisiones de Carabineros de Chile. Está probado y por lo demás surge de la circunstancia de estar condenada la

demandada, la sociedad concesionaria ya individualizada, que los hechos ocurrieron en una ruta, vía o carretera concesionada. En tales condiciones, es aplicable el artículo 35 del D.F.L. N°164, del año 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado consta del D.S. N°900 del Ministerio de Obras Públicas, que es del siguiente tenor: "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". La misma norma es reiterada en el artículo 62 N°2 del Reglamento de la Ley de Concesiones, de modo que hay claridad en la ley respecto de quien responde civilmente por los daños ocasionados en una carretera concesionada, caso de autos. Dicho precepto, implícitamente, exime al Fisco de Chile de la responsabilidad por los daños ocasionados en carreteras concesionadas y, por aplicación del principio de la especialidad, en el presente caso esta norma debe preferirse a las que contiene el Código Civil en los artículos 2314 y siguientes”;

“14) La responsabilidad, como se dijo previamente, es tanto de quien produjo directamente la quema, careciendo de trascendencia que fuere legal o ilegal, porque fue igualmente imprudente, por tratarse de un

predio cercano a la carretera, y además de la empresa concesionaria, que debe responder de los daños ocasionados a terceros por así mandarlo el artículo 35 de la Ley ya indicada, debido a que, producido el evento de la quema y la acumulación de humo sobre la carretera, no actuó de inmediato, como correspondía, al menos enviando personal para advertir de tal situación a los conductores que circulaban por la carretera, y para la colocación de la señalética del caso, con la anticipación suficiente como para prevenir a los conductores, como se hace en la práctica con los avisos de obras en la ruta u otras situaciones [...] En suma, no hay falta de servicio, ni menos puede atribuirse responsabilidad subjetiva por culpa al personal policial, y por ende la demanda, en lo tocante al Fisco de Chile, no puede prosperar y debe ser desestimada”;

15) [...] La empresa, como concesionaria, no solamente puede reclamar el derecho a cobrar por transitar por ella, sino que está obligada a proporcionar a los usuarios una conducción tranquila y sin riesgos, lo que ciertamente no hizo, pues de otro modo, no se habría producido el accidente que, a su turno ha generado este extenso y largo proceso. Esto es, dicha demanda ha tenido una obligación contractual, en el sentido de proporcionar a quienes pagan por transitar por la carretera concesionada bajo su cuidado, cuanto una actuación negligente y

culpable, porque al producirse la acumulación de humo, no reaccionó como debía, para evitar accidentes que es obvio que pueden producirse por un hecho de tal naturaleza, siendo público y notorio que así ocurre. Finalmente, está la norma del artículo 35 del DFL N°164, a que ya se hizo referencia que le asigna la responsabilidad por los daños ocurridos en la carretera concesionada”;

“17) [...] Al respecto, entonces, no cabría más que atenerse a dicho reconocimiento, aun cuando se la trate de mitigar con la argumentación relativa a la circunstancia de existir neblina producto del fenómeno climático conocido como inversión térmica. Esto es, el propio apelante entrega datos que ponen aun más de manifiesto su falta de cuidado y de reacción, pues frente a tales adversas condiciones, ninguna acción tomó para evitar hechos que conocidamente son producto de la niebla, en este caso mezclada con el humo procedente de la quema que se había hecho previamente. Es decir, todo conduce a la responsabilidad de la concesionaria apelante, sea en el terreno contractual, sea en el terreno de la responsabilidad subjetiva por culpa, debido a su omisión en reaccionar con prontitud”;

“19) Que el mismo apelante afirma que la sentencia es errónea, por cuanto determina una única causa basal, pero condena por tres hechos distintos a tres demandados diferentes, solidariamente. Como es obvio,

no se puede aceptar una defensa semejante, puesto que su actuación es totalmente independiente de la que corresponde o pueda corresponder a otros demandados, sin perjuicio que ya se ha establecido en esta sentencia que a Carabineros de Chile y por ende al Fisco, no le cabe responsabilidad, por lo que el ente fiscal no está en situación de indemnizar civilmente”;

“20) Ampliando lo dicho, cabe manifestar que no puede haber exposición imprudente, cuando se transita por una carretera concesionada, que se supone con altos estándares de calidad y de cuidados por parte de la empresa a cargo de la concesión, y los afectados se encuentran de manera intempestiva, imprevista e inesperada con una situación de escasa visibilidad producto de la presencia de humo provocado a su vez por una quema en un sitio cercano. Todo lo anterior tampoco puede constituir caso fortuito respecto de la demandada apelante, porque la concesión le impone precisamente la obligación de reaccionar frente a eventos como el producido en la especie, en que se llevó a cabo una quema, por lo que era de toda evidencia que ello podría provocar disminución de la visibilidad por la acumulación de humo sobre la carretera concesionada. Justamente para eso se han concesionado las carreteras, esto es, para que las empresas a cargo de las mismas, que cobran una tarifa por transitar por ellas, mantengan las vías en

condiciones de hacerlo con la mayor tranquilidad, e incluso, con la mayor comodidad posible, y nunca en condiciones que puedan propiciar un accidente tan grave como el que ha motivado esta causa”;

“21) Que, en resumen, la responsabilidad civil de la concesionaria ha quedado ampliamente demostrada en autos, sus alegaciones no resisten el menor análisis jurídico y es por ello que no cabe sino desestimar la apelación que se termina de analizar, por lo que la sentencia impugnada por esta vía debe ser confirmada, pero en los términos que se dirán en la parte resolutive”.

7.

Caratulado	Barros Aldunate, Juan con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico.
Tribunal-Rol	28° Juzgado Civil de Santiago – C-8115-2004 Corte de Apelaciones de Santiago – 4240-2011
Juez - Ministros	Juez de primera instancia: Jorge Mena Soto. Ministros: Lamberto Cisternas, Dobra Lusic, Juan Cristóbal Mera.

Hechos	Caída de árbol sobre la vía.
Temas	Responsabilidad subjetiva. La obligación fundamental de las empresas concesionarias es la de operar y mantener la carretera en condiciones normales de servicio, de modo de evitar así, accidentes. De haber adoptado de manera eficaz y oportuna las medidas necesarias para retirar el árbol que obstruía la pista, el accidente no se habría producido.
Estado procesal	Sentencia de primera instancia confirmada.

“18) Que en este orden de ideas, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con lo expresado por la empresa demandada al contestar la demanda, ésta se encuentra obligada a cumplir con las bases de licitación de la concesión de la obra pública denominada Ruta 68, cuyo punto 2.5.3.2 dispone que "La Sociedad Concesionaria será responsable de establecer las medidas de control y seguridad en el tramo de la concesión, sujeto a todas las disposiciones legales vigentes. La Sociedad Concesionaria es la responsable de operar y mantener el camino en condiciones normales de servicio, de modo de evitar accidentes y deberá responder ante toda acción legal que los usuarios pudieran entablar en su contra, debido a negligencias cometidas a este respecto"

“19) [...] Que de la disposición precedentemente transcrita se desprende inequívocamente que la obligación fundamental de la Concesionaria demandada es "operar y mantener el camino en condiciones normales de servicio, de modo de evitar accidentes [...]"

“21) Que, en concepto del sentenciador, los hechos precedentemente establecidos resultan determinantes para concluir que la empresa demandada no cumplió oportuna y adecuadamente con su obligación de mantener el camino en condiciones normales de servicio, por cuanto dispuso del tiempo necesario y prudente - dos horas - para eliminar el obstáculo que impedía el flujo normal del tránsito vehicular y sólo reaccionó una vez producido el accidente, hecho que precisamente estaba llamada a evitar, por lo que debe concluirse también que incurrió en una conducta negligente o descuidada [...]”;

“28) En la especie, el daño y los perjuicios cuyo resarcimiento se demanda deriva del accidente sufrido por el actor el que se produjo como consecuencia de no haber cumplido la Empresa Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A su obligación de mantener el camino en condiciones normales de servicio, de modo de evitar accidentes, ya que de haber adoptado oportuna y eficazmente las medidas necesarias para retirar el árbol que obstruía la pista, el accidente no se habría producido”.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo de primera instancia.

8.

Caratulado	Bravo Cisternas, Freddy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Adalis Oyarzún, Margarita Herreros, Juan Araya, abogados integrantes Maricruz Gómez de la Torre y Domingo Hernández.
Rol	6370-2009
Hechos	Cruce de vacuno en la carretera.
Temas	Responsabilidad Contractual. El usuario y la concesionaria se encuentran en una relación de carácter contractual, vinculadas por un contrato de Derecho Privado. Para que la carretera cumpla con las exigencias de “normalidad del servicio” éstas deben estar despejadas, libres de toda perturbación, y cumpliendo con las normas de seguridad. Obligación de seguridad que implica suprimir elementos de

	peligrosidad para los usuarios, emana de la relación de carácter privado entre concesionaria y usuario.
Estado Procesal	Recurso de Casación en el Fondo rechazado.

En juicio seguido ante la Corte Suprema, Primera Sala Civil, la empresa demandada recurrió en Casación en el Fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que confirmó el fallo de primer grado que acogió la demanda de indemnización de perjuicios. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de nulidad, argumentando principalmente que: “1) [...] es en virtud del contrato de concesión que el Estado de Chile transfiere al concesionario su derecho a percibir los peajes que por mandato del primero recaude de los vehículos que crucen las plazas de peaje que el Estado disponga en determinados puntos de las vías públicas de conformidad a la ley, como un mecanismo utilizado para pagar a la concesionaria por la inversión efectuada en la obra pública”; “7) Que, independientemente de cuál sea la denominación de este contrato, el incumplimiento de una obligación nacida de él por parte de uno de los contratantes provoca daño. El autor de éste debe responder por él, lo que significa que se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o

reparar los perjuicios causados a la víctima.”; “9) [...] 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 concesionaria 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 [...]”; “10) Que de esta relación, de derecho privado entre concesionario y usuario, el primero se obliga, de conformidad al artículo 23 del Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, 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.”

9.

Partes	Herraz Díaz, Nancy con Autopista del Sol.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Patricio Valdés, Pedro Pierry, Gabriela Pérez, Sonia Araneda y Juan Fuentes.
Rol	2282-2010
Hechos	Piedra arrojada por terceros.
Temas	Función de inspección y vigilancia de la Administración. Causal de exención de responsabilidad. El estándar que se exige es el de “normalidad”, lo que se extrae de las expresiones “condiciones normales de utilización” y del vocablo “normalidad” señalado en el artículo 23 de la Ley de Concesiones.
Estado procesal	Recurso de Casación en el Fondo rechazado.

En juicio seguido ante nuestra Corte Suprema, en causa Rol 2282-10, se presentó Recurso de Casación en el Fondo, interpuesto en contra de la sentencia que desestimó la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. Dicho Recurso fue

rechazado por el Tribunal Supremo, toda vez que la empresa demandada demostró haber cumplido con su obligación de seguridad en los términos y condiciones impuestos por la normativa legal y reglamentaria. Así, se desprende que la demandada cumplió satisfactoriamente con su deber de seguridad en el estándar exigido. Los argumentos esgrimidos por nuestra Corte Suprema fueron principalmente los siguientes: “2) 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. Sobre la base de esta premisa, han concluido que no se acreditaron los requisitos necesarios para que se origine la obligación de indemnizar perjuicios a favor de la demandante.”; “10) Que a la luz de los acontecimientos del mismo proceso, especialmente de diversos informes del Ministerio de Obras Públicas que se recibieron como respuesta a oficios solicitados por las partes y que no fueron objetados, se desprende que la demandada cumplió satisfactoriamente con su deber de seguridad en el estándar exigido, pues consta que no tiene multas impuestas por los inspectores fiscales del referido Ministerio desde el año 2000 [...]”; “11) Que, por otro lado, del análisis de los documentos señalados como asimismo del contrato de concesión, bases de licitación y su marco

regulatorio no aparece que exista obligación para la demandada de cercar la autopista en toda su extensión y altura de manera de impedir todo evento dañoso.”; “14) [...] la demandada no incurrió en ninguna omisión culpable y que las lesiones de la demandante fueron causadas directamente por la acción delictiva de tres menores que lanzaron a la vía de circulación una pedrada. De dicha circunstancia fáctica se sigue necesariamente que la demanda no podía prosperar porque no se configura el elemento culpabilidad esencial para dar origen a la responsabilidad extracontractual [...]”.

10.

Caratulado	Cartoni Viale Orlando con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, abogado integrante, Arturo Prado.
Rol	5626-2011
Hechos	Intromisión de jinete y caballo en la carretera.

Temas	Responsabilidad subjetiva. De acuerdo a las Bases de Licitación, la concesionaria tenía la obligación de completar las defensas de mediana en toda la extensión de la ruta por condiciones de seguridad, incluyendo su reparación y reposición. Ello, para evitar giros y cruces en lugares no habilitados. El haber cumplido con las demás obligaciones (patrullaje diario) no obsta el haber vulnerado la obligación antes señalada.
Estado procesal	Recurso de Casación en el Fondo. Sentencia de reemplazo.

“1) Que la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. ha quedado establecida con los elementos de prueba establecidos en el fallo que se revisa [...]”

“5) Que la circunstancia anterior hace que la sociedad concesionaria demandada tenga responsabilidad en los hechos, en la medida que hizo posible la realización de una maniobra mortal sin perjuicio de aquella que pudo corresponder al jinete fallecido o de las presunciones de responsabilidad que pudieren afectarle. Por ello las alegaciones de la demandada Rutas del Pacífico S.A., en el sentido de que carece de responsabilidad en los hechos o que no tendría legitimación pasiva, debe desecharse [...]”

“7) Que de esta forma ha existido una conducta ilícita de la demandada sociedad concesionaria Rutas del Pacífico, al dejar de cumplir con las obligaciones impuestas en las Bases de la Licitación”

“9) [...] Sin embargo, y como se ha dicho con antelación, el señor Orlando Cartoni Viale se expuso imprudentemente al daño al conducir en las condiciones ya descritas bajo la influencia del alcohol, y por ello la indemnización por el daño que reclama está sujeta a reducción [...]”.

11.

Caratulado	Avilés Sepúlveda, María Eliana contra Fisco de Chile y otro.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Ministros	Luis Alvarado, fiscal judicial Juana Latham, abogado integrante Juan Carlos Cárcamo.
Rol	77-2010
Hechos	Cruce de vacuno en la carretera.
Temas	Responsabilidad objetiva. La sociedad concesionaria no ha observado el cuidado debido al que está obligada de acuerdo al artículo 23 de la Ley de Concesiones. Dicho artículo no exige una normalidad común o mera

	normalidad, sino que “absoluta normalidad”.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

“4) El ejercicio de interpretación del Derecho permite concluir que la demandada Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. no ha observado en la especie el cuidado debido al que se encuentra obligada respecto de un deber que le es básico, según emana de la legislación general aplicable a la materia [...] la que obliga al concesionario a facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras.”

“5) Cabe tener presente que este deber legal para la Concesionaria demandada destacado en el motivo que antecede, ha sido incumplido por ésta, más aún, en los estrictos términos que lo ordena la ley, la cual, como se observa, no se ha limitado a exigir una normalidad común o mera normalidad, sino que, “absoluta normalidad”

“6) En efecto, en tal entendido, y señalando la propia demandada antes referida, en el referido libelo, que los cierres perimetrales como cercos se encontraban en perfectas condiciones, no asume el deber de cuidado o diligencia debida consistente en mantener expeditas las pistas de

circulación en los términos que ha convenido, como ha ocurrido en la especie, con la presencia de animales (varios o más de uno y no más de tres) en la pista vehicular, más aún, si como reconoce, existe un espacio por el cual expresamente estos animales pueden ingresar, el que mantiene al momento del accidente, consecencialmente carente de vigilancia, es decir, de normalidad, más aún, de absoluta normalidad, lo que acredita la concurrencia de su culpa”

“11) Que, en lo que al Fisco de Chile como demandado en estos autos resulta pertinente, se estará a lo estipulado en el Decreto N° 900 [...] según el cual el concesionario ha de responder de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la explotación de la obra, se ocasionaren a terceros [...]”

12.

Caratulado	Borjes María con Sociedad Autopista del Sol S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Juan Manuel Muñoz, Amanda Valdovinos, abogado integrante Jorge Lagos.
Rol	9275-2006

Hechos	Cruce de caballo en carretera.
Temas	Acción de terceros.
Estado Procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

“7) Que la sentencia en análisis, en su motivo refleja claramente la nula prueba rendida en los autos pues se limita a sostener que “con la instrumental y testimonial rendida, la actora acreditó los daños al mueble de su propiedad”, sin cumplir, evidentemente con la exigencia precedentemente anotada concernientes a su magnitud, elementos probatorios pormenorizados y descripción de los daños, posibilitando, en su caso, la determinación precisa de su cuantía en un juicio posterior.”

“8) Que en el mismo fundamento del fallo, se desecha la indemnización por las lesiones que habría sufrido la actora a raíz del accidente, sosteniendo que los documentos aparejados al proceso provienen de terceros que no han declarado en el juicio, conforme lo previene el artículo 346 N° 1 del Código de Enjuiciamiento [...]”

“9) Que así las cosas, cabe agregar que la demandante no acreditó la titularidad del dominio del automóvil y ello hace, conjuntamente con lo expresado anteriormente, que la indemnización por el daño emergente o

material no tenga cabida por improcedente, criterio que es extensible al daño moral pues éste tendría origen sólo en los daños que se habrían ocasionado al automóvil. Por lo demás, la demanda indemnizatoria se refiere únicamente a los daños materiales y a las lesiones sufridas, sin hacer ninguna referencia al daño moral, todo lo cual permite concluir por el rechazo de la acción impetrada.”

13.

Caratulados	Fernández Fornés, Francisco con Sociedad Concesionaria de Carreteras Talca-Chillán.
Tribunal-Rol	8° Juzgado Civil de Santiago - C-5574-2001 Corte de Apelaciones de Santiago - 1677-2003
Juez - Ministros	Juez: Pilar Aguayo. Ministros: Jorge Dahm, Juan Cristóbal Mera, abogado integrante Ángel Cruchaga.
Hechos	Cruce de dos caballos en carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Deber de seguridad. El Fisco señaló haber enviado a la sociedad concesionaria 36 oficios con observaciones respecto al incumplimiento de obligaciones relativas al estado de los cercos y a la

	señalética. La demanda de indemnización de perjuicios sólo podrá prosperar respecto de la parte demandada que ha incumplido sus obligaciones, en este caso, la sociedad concesionaria.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

Al respecto, el tribunal de primera instancia acogió la demanda sólo en relación a la sociedad concesionaria, en base, principalmente, a los siguientes argumentos: “13) Que todo este conjunto de normas permiten concluir que es obligación de la concesionaria, en este caso, de la demandada, mantener la ruta concesionada en explotación libre de animales sueltos en la vía que impidan el tránsito vehicular o puedan colisionar con los vehículos. Esta obligación legal y contractual, que justifica el pago por el uso de las vías concesionadas que deben efectuar los usuarios, no aparece cumplida por la demandada, quien debió mantener un sistema de vigilancia y patrullaje permanente y de mantención de cercos de modo de evitar un accidente como el que se relata en la demanda [...]”; “21) Que la documental y testifical del Fisco permiten al tribunal estimar que el servicio de fiscalización que debió prestar fue realizado, y si bien no hay antecedentes de que se haya aplicado sanciones, el incumplimiento de las observaciones formuladas a

raíz de esta fiscalización sólo puede ser imputado a quien ha incumplido sus obligaciones, en este caso, a la sociedad concesionaria de la obra.”; “23) Que, por consiguiente, la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos sólo podrá prosperar respecto de la demandada que ha incumplido sus obligaciones, en este caso, a la sociedad concesionaria demandada.”

Posteriormente, la Sociedad Concesionaria presentó Recurso de Apelación. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1677-2003, confirmó el fallo de primera instancia.

14.

Caratulado	Concha Soffia con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Carlos Gajardo, Emilio Elgueta, abogado integrante Enrique Pérez.
Rol	11965-2004

Hechos	Cruce de caballo en la carretera.
Temas	Responsabilidad estricta. Es obligación de la concesionaria instalar no sólo barreras que impidan el acceso de animales a la carretera, sino que además debe realizar todas aquellas obras necesarias para otorgar seguridad a los usuarios. Se rechaza la interpretación que indica que la producción del daño causado se debió a la intervención de terceros (propietario del animal) pues es quien explota la concesión quien tiene la obligación de mantener el camino concesionado en términos tales de impedir el ingreso de animales en la carretera.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

Al respecto, la parte demandante presentó Recurso de Apelación en contra del fallo de primera instancia. A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 11.965-2004, revocó dicha sentencia, fundamentando básicamente 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 D.F.L 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.”; “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 [...]”; “4) Que deberá desecharse la interpretación que indique que la producción del daño causado se debió a la intervención de terceros, en la especie del propietario del animal, toda vez que es quien explota la concesión quien tiene la obligación de mantener el camino concesionado en términos tales de impedir que ingresen animales a la vía, animales que es perfectamente predecible que puedan producir daños a quienes transitan normalmente por esa vía. Así, es de responsabilidad del concesionario el 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 la obligación, cual es permitir que los usuarios circulen por tal vía con total seguridad [...]”.

15.

Caratulados	Ramírez M., Juan con Ruta de los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Mario Julio Kompatzki, Darío Carretta, Ruby Alvear.
Rol	Rol 2911-2011
Hechos	Choque contra barrera de contención.
Temas	Responsabilidad contractual. No existe motivo para alegar la Responsabilidad Contractual de la parte demandada pues no se cumplen los requisitos exigido para ello: la existencia de un contrato y obligación entre las partes; daño provocado por una de las partes respecto de la otra por su acción u omisión; daño provocado por el incumplimiento del contrato. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, existe la opinión mayoritaria en torno a que la normativa que rige en estas materias es de carácter extracontractual pues

	no existe una relación jurídica previa entre el usuario y la sociedad concesionaria.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

3) Que si bien la sentencia impugnada define, en primer término, que el régimen legal bajo al cual debió impetrarse la indemnización de perjuicios por la que se ha accionado es el de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, de todas formas los jueces de segundo grado se abocaron a examinar los antecedentes que obran en autos, a objeto de poner en claro si concurren en éstos los presupuestos que, aun cuando en un plano figurado o meramente hipotético, habrían hecho posible declarar el resarcimiento impetrado por los actores [...] Como se ve, la Corte de Apelaciones se limita a establecer la ausencia de antecedentes que denoten el incumplimiento de la demandada, empero sin considerar que, tratándose de una acción indemnizatoria en el ámbito contractual, la culpa de la demandada se presume, circunstancia ésta que hacía menester que la litigante en mención acreditase los hechos puntuales que permitían conceptuar la regularidad de las condiciones en que se encontraba la señalización existente en el lugar de los hechos y

las características de la barrera caminera con la que se estrelló el vehículo guiado por el demandante [...]”

“4) Que, según lo anterior, la reseña efectuada en el motivo segundo acerca de los basamentos de la sentencia recurrida de casación, donde se vierten los razonamientos básicos que llevaron al rechazo de la demanda, deja al descubierto una severa deficiencia en el análisis de los medios probatorios incorporados al proceso [...]la deficiencia en el fallo del tribunal de apelación estriba en que se consigna la mera declaración de haber cumplido la demandada con las especificaciones del Ministerio de Obras Públicas en la materia concerniente a las barreras camineras”

“5) Que las circunstancias referidas en los párrafos precedentes, unida al hecho que las cavilaciones efectuadas por la Corte sobre el particular referían a los presupuestos del estatuto de la responsabilidad contractual – el que, pese a entender inapropiado en la especie, igualmente se dedicó a analizar – y que en este ámbito la culpa del ente demandado, en cuanto deudor, se presume, lleva a la inequívoca conclusión de que este último no acreditó los hechos de la señalización y los aspectos fácticos puntuales por los cuales cumpliría con los estándares de seguridad de rigor, teniendo sobre sí el peso procesal de haberlo demostrado [...]”

“7) [...] en las condiciones descritas en los motivos segundo y tercero, el fallo recurrido aparece desprovisto de las consideraciones de hecho que resultaban necesarias para proporcionarle una adecuada fundamentación, afectándole, por consiguiente, el vicio de nulidad formal a que alude el artículo 768 número 5, en relación con el artículo 170 número 4, ambos del Código de Procedimiento Civil”

“8) Que, dada la trascendencia de la anomalía que se viene de destacar, procede dar aplicación en el presente caso a lo dispuesto en el artículo 775 del citado Código, según el cual, pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación - cuyo es el caso en esta oportunidad - o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiestan que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma [...]”.

A su vez, la sentencia de reemplazo dictada por nuestra Corte Suprema, confirmó, en lo apelado, la sentencia dictada en primera instancia, condenando a la Sociedad Concesionaria Ruta de Los Ríos S.A., principalmente en base a 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 retribución de su actividad el producto de las tarifas o precios pagados por los usuarios [...] 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”; “6) Que, consignado ya que la relación entre concesionaria y usuario es de derecho privado, corresponde clasificar el contrato existente entre ambos y, según los lineamientos precisados en los motivos previos, cabe entender que se trata de uno bilateral, consensual, oneroso y conmutativo, regido por el derecho privado,

aunque con variaciones en cuanto al estatuto específico aplicable [...]”; “7) como es sabido, la responsabilidad civil condice con la obligación en que se coloca una persona de reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado, derivada del injusto que se produce con la vulneración de un deber de conducta, afectando el interés de una determinada persona. Por lo tanto, independiente de cuál sea la denominación que se asigne al contrato habido entre empresa concesionaria de una ruta y el usuario del mismo, lo importante es que el desacato por una parte a una obligación comprometida en ese vínculo y que provoque daño al otro contratante, hace que el primero debe responder por ello y, como es lo ordinario, la responsabilidad se traduce en la obligación de resarcir los perjuicios causados al afectado [...]”; “9) Que encontrándose circunscrito el asunto sub iudice a los contornos de la acción de responsabilidad civil contractual que encamina la pretensión de resarcimiento formulada por los actores, dando aplicación a la regla prevista en el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil, corresponde a la demandante acreditar la existencia de la fuente de la obligación, esto es, del contrato del que emana la prestación que denuncia incumplida, mientras que el peso de la prueba se traslada al demandado a efectos de demostrar que esa obligación que se le imputa incumplida se fue observada o se encuentra extinguida por alguno de los otros modos que prevé el artículo 1567 del

citado ordenamiento [...]”; “11) [...] en seguida, visto lo preceptuado en el artículo 1547 del Código Civil - sin que venga constatado algún pacto especial de las partes en materia de la culpa de la ahora demandada -y asentado como se ha tenido que esta última tenía el deber de adoptar las medidas de seguridad y control en el servicio que presta a los usuarios, como también, la obligación de desplegar labores de conservación y mantenimiento, entre otros elementos, de las barreras o defensas camineras y la señalización requerida en la ruta, la conclusión ineludible es que la exención de responsabilidad de esa litigante quedaba supeditada a que hubiese demostrado que actuó con el debido cuidado o diligencia en la ejecución de los referidos deberes contractuales, a objeto de justificar que no estuvo en situación de evitar el incumplimiento que se le atribuye [...]”; “13) “Que, como se advierte, el desacato a los deberes de la demandada que se acusa en la litis pasa por las condiciones en que se encontraban las barreras camineras existentes en las inmediaciones de la plaza de peaje y la señalización instalada en el lugar que, según ya se anotó, forman parte de los aspectos que la sociedad concesionaria debía cumplir, mantener y conservar, a objeto de propender al mayor control y seguridad relativa en el uso de la vía [...] puesto que las deficiencias en la señalización constituyó el factor determinante para la colisión protagonizada por los actores”; “15) Que en

nuestro ordenamiento todo daño causado a otro obliga a ser reparado por su autor ya sea en especie o por equivalencia y es útil tener presente que el resarcimiento o indemnización del daño en especie o en forma específica consiste en la reintegración del derecho lesionado en su particular contenido, es decir, en restablecer el estado de las cosas al mismo que tenían antes de la producción del daño [...]”; “21) Que, en suma, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general y, referido al Derecho Civil reclama que nadie puede dañar a otro sin adquirir, correlativamente, el deber de brindarle reparación, salvo los casos en que concurre una causal de justificación o exculpación [...]”; “22) Por consiguiente, en una hipótesis de responsabilidad contractual, verificándose las exigencias legales, el responsable queda obligado a indemnizar tanto el daño patrimonial, como el daño moral.”

16.

Caratulados	Galdames Morales, Héctor con Camino de la Madera.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Ministros	Ministro redactor Diego Simpértigue Limare.

Rol	2761-2003
Hechos	Desprendimiento de roca en cuesta.
Temas	Responsabilidad objetiva artículo 35 de la Ley de Concesiones.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“3°) Que, entonces, de acuerdo con el texto legal citado en el motivo anterior (artículo 35 del D.S. 900 del año 1996)¹⁹⁷, la falta de servicio es una responsabilidad objetiva, pero aún así debe existir, necesariamente, una relación de causalidad entre la explotación de la obra y los daños causados a terceros para hacer procedente la responsabilidad extracontractual. En la especie, no se encuentra probado el derrumbe que señala el actor y menos que como consecuencia de él se haya dañado el automóvil del demandante. Por tanto, no procede hacer lugar a la demanda de fojas 1”.

¹⁹⁷ El paréntesis es nuestro.

17.

Caratulados	Fernández Gómez, Víctor con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	5° Juzgado Civil de Santiago
Juez	María Soledad Jorquera
Rol	C-15481-2006
Hechos	Caída de árbol sobre vehículo.
Temas	Responsabilidad subjetiva, ello, pues siendo éste el régimen de carácter general, es precisamente el que debe aplicarse a la sociedad concesionaria. La Ley de Concesiones, en su artículo 23 N° 1 señala que el concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización. En su N° 2 letra a) dispone que la continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras.
Estado procesal	Sentencia de primera instancia. Causa terminada por avenimiento.

“28°) Que el actor sostiene que la demandada tiene una responsabilidad objetiva de acuerdo al artículo 35 del Decreto Supremo N° 900, que fijó el texto de la Ley de Concesiones de obras públicas, debiendo responder de los daños de cualquier naturaleza que con motivo de la ejecución o explotación de la obra se ocasionaren a terceros. Sobre el particular, debe señalarse que los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos por el legislador. Por otra parte, el referido artículo 35 establece 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”. Por consiguiente, de su lectura se aprecia que esta norma 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, y a diferencia de lo sostenido por el actor y considerando que la responsabilidad estricta es una situación excepcional, no aparece que se excluya de la obligación indemnizatoria la exigencia de un juicio de culpabilidad. Por consiguiente, siendo el régimen general el de

responsabilidad subjetiva, es precisamente aquel el aplicable a la sociedad demandada”;

“29) Que, habiéndose demandado por la vía de la responsabilidad extracontractual, ha de señalarse que son requisitos copulativos para su procedencia, la capacidad del agente, una acción u omisión ilícita del mismo, la culpa o dolo de su parte, el perjuicio o daño a la víctima, la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido, y la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad”

“33) Que así, la demandada se encuentra en la obligación de que el tránsito de los usuarios por la carretera se efectuó sin peligros para ellos, lo que implica por ejemplo, que en una autopista como la Ruta 68, los árboles que se encuentran al borde no se caigan sobre los autos que en ella circulan, teniendo en cuenta que el árbol materia de autos, al caer ocupó las cuatro pistas de circulación. Por consiguiente, al no adoptar todas las prevenciones y tomar todos los resguardos que las especiales características del camino y su entorno requieren, para el normal cumplimiento de su obligación, cual es permitir que los usuarios circulen por tal vía con total seguridad, es posible determinar la concurrencia de una actuar culpable del demandado, en especial si el jefe de operaciones de aquella época al prestar declaración a fojas 384, señala que a la toma

de control se talaron por personal de la sociedad concesionaria los árboles que presentaron riesgos, lo que evidencia la falta de cuidado de la demandada en orden a comprobar periódicamente que los restantes árboles aledaños a la ruta se encuentren en buenas condiciones. En nuestro sistema jurídico la culpa se aprecia en abstracto, comparando la actitud del agente con la que habría tenido en el caso que ocasiona daño una persona prudente expuesta a la misma situación y, por consiguiente, la sociedad demandada actuó de una manera completamente inidónea e ineficiente”.

18.

Caratulados	Gaule y otros con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de San Miguel
Ministros	José Ismael Contreras, Roberto Contreras, Lya Cabello.
Rol	676-2006
Hechos	Cruce de caballo en la carretera.
Temas	Responsabilidad Ley del Tránsito. Existiendo una norma específica que sanciona el eventual incumplimiento de la empresa concesionaria, no sería procedente

	entonces, hacer aplicable las normas de la Ley de Tránsito.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

“3) Que las normas que se estiman infringidas señalan el conjunto de deberes de los concesionarios de las vías públicas para la explotación, conservación y seguridad de dichas vías, haciendo de su cargo el velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concesionadas”

“5) Que, así las cosas, aun cuando se estableciera que en la ruta se produjo una situación irregular que motivó un accidente, no resultan aplicables las sanciones infraccionales para la conducción o tránsito por las vías urbanas o rurales establecidas en la Ley de Tránsito a la Empresa Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. por lo que la que el fallo impone no resulta pertinente”

“7) Que en la especie y como se ha señalado, no se ha configurado en el procedimiento la existencia de una conducta infraccional a la Ley de Tránsito, por parte de la empresa concesionaria, por lo que la acción intentada por la compañía aseguradora no podrá prosperar y será rechazada;

“8) Que, en todo caso, la responsabilidad derivada del mal estado de las vías públicas o de falta o inadecuada señalización que fueren la causa basal de un accidente de tránsito, debe perseguirse en sede civil y acorde a las normas del procedimiento sumario, por disponerlo así el artículo 174 de la Ley de Tránsito, careciendo, en consecuencia de competencia del Juzgado de Policía Local para conocer del asunto”.

19.

Caratulados	Lazo Barra con Fisco y Autopista del Maipo.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Héctor Carreño, Pedro Pierry, Haroldo Brito, Sonia Araneda, María Eugenia Sandoval.
Rol	6562-2009
Hechos	Deficiencia en la carretera.
Temas	Responsabilidad de la concesionaria es de carácter subjetiva, por lo que constituye un error jurídico fundar una responsabilidad estricta sin una base legal. Alcance artículo 35 de la Ley de Concesiones. La responsabilidad objetiva o estricta es de carácter excepcional en nuestra legislación, por lo que requiere

	una norma expresa que la haga aplicable.
Estado procesal	Recurso de Casación en el fondo rechazado.

“5) [...] Por el contrario, según se desprende del análisis efectuado por el juez de la causa, la responsabilidad que recaería en este caso sería de naturaleza subjetiva aunque sin decirlo expresamente- desde que analiza pormenorizadamente la culpa de la víctima y el defecto existente en la carretera que según la demanda del actor habría ocasionado el accidente”; “6) 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”;

“8) Que lo indicado obliga a traer a colación lo que básicamente se ha acuñado en doctrina acerca de la noción de responsabilidad objetiva y que ha sido expuesto en anterior fallo sobre la materia (Rol 6919-2008), el cual señaló: Es así que se ha expresado que este tipo de responsabilidad se refiere a aquella cuyo único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado se halla en la obligación de indemnizar los perjuicios que se acrediten como atribuibles al hecho

causal. Se ha expuesto además que lo que se busca mediante este régimen es mejorar la situación de las víctimas, dispensándolas de probar la existencia de una culpa en el origen del daño. Se agregó 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 tratamiento particular por sobre el régimen común y general. Añadió la aludida sentencia: si bien se ha vinculado tradicionalmente el sistema de responsabilidad objetiva con las actividades riesgosas, no necesariamente responden a este criterio, sin que pueda advertirse una actividad identificable en conjunto como ámbito de aplicación para este régimen de responsabilidad, de manera que su análisis es necesariamente casuístico, esto es, se aplica a las hipótesis restringidas que la ley ha previsto. Cabe enfatizar esencialmente lo que a continuación se señala: no puede ser base de la tesis que pretende objetivar esta responsabilidad lo preceptuado en el artículo 35 del D.F.L. 164. 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. Concluye el fallo: 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”

“10) Que considerado lo que se ha manifestado, es posible concluir que el fallo recurrido no infringió las disposiciones objeto del recurso y, en consecuencia, el recurso de casación en el fondo no podrá prosperar.”

20.

Caratulados	Ortega Bustamante, Ángel Miguel con Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de San Miguel
Ministros	Lya Cabello, María Teresa Letelier, abogado integrante Manuel Hazbun.
Rol	272-2010
Hechos	Cruce de perro en la carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Deber de seguridad. El concesionario debe mantener la carretera en

	condiciones normales para su funcionamiento, entendiéndose por ello, libre de todo obstáculo o alteración que impida el desplazamiento seguro de los vehículos. Evidentemente no cumplirá con ello si el tránsito se ve dificultado por la presencia de un animal.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“4) Que conforme a los antecedentes que brinda el proceso acreditado se encuentra que el accidente se produce en los momentos que un perro se cruza frente al vehículo que conducía el actor, lo que provoca que al tratar de esquivarlo estrella su vehículo contra la barrera de contención;

“5) Que establecido lo anterior, queda por dilucidar si frente a tal circunstancia existiría responsabilidad de la sociedad demandada, y de ser ello así, cual sería el tipo a la que estaría sujeta, es decir, la obligación indemnizatoria surgiría del contrato de prestación de servicios que se celebra con la concesionaria y que se traduce en el cobro por el tránsito, o de un ilícito extracontractual, teniendo como base que ambas son fuente de responsabilidad civil, y su diferencia solo estriba que en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da origen

una obligación indemnizatoria derivada, en cambio en la responsabilidad por el ilícito o extracontractual, la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa el daño y da origen a la responsabilidad”;

“8) Que de las disposiciones legales antes transcritas se advierte con claridad que el concesionario debe mantener la vía en condiciones normales de funcionamiento, entendiéndose por ello libre de cualquier obstáculo o alteración que impida el desplazamiento seguro de los vehículos, y evidentemente desatenderá esta obligación si el tránsito se ve impedido o dificultado en este caso, por la presencia de un animal, atendiendo que el legislador ha dispuesto una responsabilidad directa, al indicar que el concesionario es responsable de los daños ocurridos por cualquier causa, a menos que se trate de medidas impuestas por la autoridad pública, situación esta última que no se ha demostrado en autos”;

“9) Que, en consecuencia, la responsabilidad del concesionario queda establecida si en el otorgamiento del servicio por el cual el usuario paga un peaje, no se permite el tránsito en condiciones seguras, y ello evidentemente en la especie ha ocurrido así, por cuanto es un hecho de la causa que el accidente se produce por la presencia de un animal en la autopista de alta velocidad”;

“10) Que por lo antes razonado, es de suyo evidente que nos encontramos en presencia de una responsabilidad de carácter contractual que nace de la prestación del servicio y por el incumplimiento que ha precedido de parte del concesionario, existiendo además una relación de causa a efecto entre la conducta desplegada y el daño producido”.

21.

Caratulado	Vidal Ponce Marlene Angélica con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Ministros	Abogado integrante Waldo del Villar Brito, ministro Luis Alvarado.
Rol	306-2010
Hechos	Cruce de caballo en la carretera.
Tema	Responsabilidad subjetiva. Pese a que la empresa concesionaria tomó conocimiento de la existencia de caballos en la carretera, no adoptó, en forma oportuna las medidas destinadas a eliminar dicho riesgo, incurriendo así en una conducta culposa. Dicho criterio

	es compartido por los jueces de primera y de segunda instancia.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada. Causa terminada por avenimiento.

“1) Que el artículo 23 de la Ley de Concesiones, como se señala en el fallo de primer grado, exige que el concesionario conserve las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización y le obliga, además, en su numeral segundo, a suprimir las causas que originaren molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad, para los usuarios de las obras, y a prestar el servicio en forma ininterrumpida, exigencias que se repiten en el artículo 62, del Reglamento de la Ley de Concesiones, Decreto Supremo N°56, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, exigencia que, también debía ser cumplida por la demandada Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico.”

“2) Que tal requerimiento aparece, en la especie, incumplido por dicha demandada, al no haberse colocado, oportunamente personal, mecanismos o artefactos de precaución útiles, para impedir el acceso de animales, al camino, aún por las vías normales de ingreso al mismo, exigencia que, sin embargo, se cumple en algunos accesos que también son útiles para el cobro de los peajes, como es de público dominio.”

“3) Que la abundante prueba allegada al proceso y ponderada por la juez de primer grado, en los razonamientos vigésimo tercero a trigésimo sexto, ha sido objeto de un estudio acabado por parte de la sentenciadora, para concluir, en el motivo trigésimo séptimo, que pese a que la concesionaria tomó conocimiento de la existencia de caballos, que obstruían el libre tránsito de vehículos, no demostró, que en base a dicho conocimiento, haya adoptado, en forma oportuna, las medidas tendientes a eliminar este riesgo, incurriendo en una conducta culposa, con su actuar negligente, criterio que es compartido por los sentenciadores de esta instancia.”

22.

Caratulado	Moya Acevedo, Ángel Gabriel
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Cornelio Villarroel, fiscal judicial María Loreto Gutiérrez, abogado integrante Enrique Pérez.
Rol	9196-2006

Hechos	Existencia de un objeto contundente (fierro) en mitad de la carretera.
Temas	<p>El hecho de que el automóvil conducido por el demandante haya impactado un fierro de aproximadamente cuatro metros de largo que se encontraba en medio del camino, constituye una situación excepcional, ya que no es normal ni común que este tipo de artefactos o piezas de gran dimensión aparezcan en medio de una carretera. Esto implica que este hecho haya sido imposible de resistir por la sociedad concesionaria. En dicho caso, se configuraría un requisito del caso fortuito o fuerza mayor, esto es, la irresistibilidad del hecho. Por otro lado, respecto de la previsibilidad, habrá que considerar que es normal y común que ingresen a dichas carreteras camiones con carga. El hecho de que la carga esté correctamente amarrada o cubierta con lonas, si bien es cierto es responsabilidad del transportista, no es menos correcto que la empresa concesionaria debe velar porque al momento del ingreso de este tipo de vehículo al área concesionada, circulen en condiciones de evitar daño a terceros. Así, un accidente de esta naturaleza, es perfectamente previsible. Al no darse el requisito de la previsibilidad, el caso fortuito debe desestimarse.</p>
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada parcialmente.

“2) Que, para la correcta apreciación de la fuerza mayor o caso fortuito, en la especie es menester analizar si se presenta en estos hechos el segundo requisito de esta institución, cual es la imprevisibilidad. Al efecto habrá de tenerse en consideración que es normal y de común ocurrencia que ingresen a estas vías camiones con carga. La situación en cuanto a si la carga está bien estibada, correctamente amarrada o cubierta con lonas en caso de tratarse de camiones abiertos, si bien es cierto es responsabilidad del transportista; no es menos cierto que la sociedad concesionaria de la autopista debe velar porque al momento del ingreso de estos vehículos al área concesionada, tales vehículos deban circular en condiciones de evitar daños a terceros. Y, debe tenerse en cuenta al efecto, la experiencia, la cual demuestra que habitualmente las empresas transportistas cuyos camiones circulan a lo largo de nuestro país, no adoptan el debido cuidado con la carga que transportan; todo lo cual hace que un accidente de esta naturaleza sea plenamente previsible, es decir que con mediana inteligencia y cuidado es perfectamente posible preveer que ingresarán a la autopista camiones con su carga mal estibada, sin haber adoptado las precauciones necesarias. Y es ese conocimiento, hecho público y notorio que no corresponde al deber ser sino que a la realidad fáctica, lo que permite sostener que la sociedad concesionaria debe adoptar

medidas preventivas pertinentes, o sea, vigilancia adecuada al momento de ingresar a la autopista camiones con carga que no vaya bien instalada en tales vehículos. Es por ello que el hecho de que caiga de un camión un artefacto como el del caso en análisis, no es un hecho imprevisible; por lo que al no darse el requisito de imprevisibilidad del caso fortuito, esta argumentación deberá ser desestimada.”

“3) Que, 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 1.439, 1.440 y 1.441 del Código Civil, el deudor responde de culpa leve, entendida ésta como aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, como lo indica el artículo 45 del Código Civil, por lo que según lo indicado en el artículo 1.547 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. 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.”

23.

Caratulado	González Vergara Jorge con Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Héctor Rocha, Adelita Ravanales, abogado integrante Francisco Tapia.
Rol	3311-2009
Hechos	Cruce de dos caballos en carretera, sin montura ni jinete.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Deber de seguridad. No se acepta que corresponde a la sociedad concesionaria una responsabilidad de carácter objetiva, derivada de las bases de licitación y del contrato de concesión celebrado entre dicha empresa y el Fisco de Chile.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

3) Que tratándose del resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o rutas concesionadas conforme a la aludida doctrina de casación [responsabilidad estricta], 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 aplicable 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.”

“4) Que en la especie, ha quedado en evidencia la responsabilidad que le 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 caballares, 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. [...]"

“5) Que en esa línea argumental, este Tribunal sigue la doctrina del tribunal de casación en cuanto efectivamente pesa sobre la sociedad concesionaria para con el usuario de una ruta concesionada la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes en aquélla, la que en el caso que se analiza fue

incumplida. En efecto, existía un deber de implementar barreras laterales, resguardo que era necesario en razón de lo que se puntualiza por los jueces, esto es, considerando las especiales características del camino o autopista y su entorno.”

“6) Que en el evento en que existan otros agentes causales del daño -como el propietario del animal embestido por el camión o el ciclista que tiraba de los caballos- ello no es óbice para determinar que la sociedad concesionaria también es obligada a la indemnización, por existir una concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables.”

Resulta entonces inequívoca que en la sociedad demandada recae el deber de seguridad en la explotación y conservación de las rutas concesionadas, traducido en la especie en la implementación de barreras laterales consideradas las particulares características del tramo en que ocurrió el accidente y su entorno, obligación que nace del artículo 23 del D. F. L. 160, en correspondencia con las pautas normativas y técnicas entregadas en el Manual de Carreteras.”

24.

Caratulado	Ebner O. Constantino con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valdivia
Ministros	Patricio Abrego, Darío Carreta, abogado integrante Juan Carlos Vidal.
Rol	118-2011
Hechos	Cruce con bache o depresión cubierta de agua, que hace perder el control del vehículo, volcándose en forma violenta.
Tema	<p>Responsabilidad subjetiva. El daño sufrido por la parte demandante, debe analizarse en sede de responsabilidad extracontractual, aplicándosele en consecuencia, las normas de los artículos 2314 y siguientes de nuestro Código Civil, pudiendo asimilarse el hecho, esto es, la negligencia que se le imputa a la demanda de no mantener la ruta en buen estado de conservación, a las situaciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil, en especial la del N° 3 de ese artículo.</p> <p>Artículos 114 y 148 de la Ley de Tránsito.</p> <p>Debe estimarse que la parte demandante se expuso al daño y si bien ello no exime de responsabilidad a la</p>

	empresa concesionaria, de mantener la ruta en buen estado de conservación, precisamente para evitar los riesgos de accidente, amerita reducir la indemnización por el daño sufrido por la propietaria del vehículo.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“14) Que, la parte demandante ha demandado imputando a la demandada responsabilidad extracontractual y en subsidio, por los mismos hechos y antecedentes, responsabilidad contractual. El Tribunal según se ha dicho, estimó que la responsabilidad que pueda imputarse a la empresa concesionaria es de carácter contractual, al existir un contrato entre la empresa y el usuario del servicio, al prestarse el servicio de permitir el tránsito por la ruta concesionada y pagar el usuario un precio por este servicio, denominado “peaje”, imponiéndosele a la empresa las obligaciones contenidas en la Ley de Concesiones.

La responsabilidad contractual, es aquella que proviene del incumplimiento del contrato y consisten en indemnizar los perjuicios resultantes de la infracción, en la cual incurrió el responsable. La responsabilidad extracontractual por su parte, es aquella que proviene de la ejecución de un hecho culposo, que provoca un daño. La empresa demandada, Ruta de los Ríos Sociedad Concesionaria S.A., explota la

ruta en la cual se produjo el accidente, en virtud de contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, en el marco de la Ley y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas. La tarifa o peaje que cobra por el servicio adjudicado, se encuentra regulada por la referida ley y por el contrato de concesión, suscrito por las partes. Al efecto, el artículo 21 de la referida Ley y Reglamento, dispone en el acápite “Derechos y observaciones el concesionario”, que “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión a con arreglo a las normas de derecho público, especialmente en lo referente a sus obligaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y exploración de la obra y al cobro de tarifas, su sistema de reajustes y las contraprestaciones con el Fisco y que conforman el régimen económico del contrato”.

Las normas contenidas en la Ley y Reglamento de concesiones de obras públicas, establecen en consecuencia, que la tarifa que el concesionario cobra al usuario por el servicio prestado, consiste en un tributo, considerando que el titular de la ruta es el Estado y no el concesionario. En consecuencia, el peaje pagado por el usuario de la ruta o carretera, no transforma el servicio, en un contrato civil entre la empresa y el automovilista. El concesionario, es el adjudicatario de la licitación respectiva, la que a su vez contiene las bases que contempla la

tarifa establecida por los órganos del Estado y que debe pagar el usuario de la ruta.”

25.

Caratulado	Contreras Gallardo, Luciano con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de La Serena
Ministros	Ministro redactor Fernando Ramírez Infante.
Rol	179-2011
Hechos	Choque de vehículo contra caballo muerto, que anteriormente había sido impactado por otro automóvil.
Temas	Responsabilidad por Derecho del Consumidor. Artículo 1° N° 1 de la Ley 19.496. La calidad de consumidor o usuario la ostenta todo aquel que tiene la capacidad de adquirir, utilizar o disfrutar como destinatario final bienes o servicios, en virtud de cualquier acto oneroso, más aún, cuando la misma ley utiliza el vocablo “consumidor”, sin la exigencia de la celebración de relación contractual alguna. La calidad de consumidor o usuario para los efectos de la ley aludida, no sólo la posee quien ha contratado un servicio, sino también la

	persona, que se encuentre en disposición de pagar tal servicio (peaje) por el uso de una ruta concesionada.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmado.

“6) Que, en consecuencia, si bien el Decreto Supremo N° 900, publicado el 18 de diciembre de 1996, que fija el texto refundido del D.F.L. N° 164, conocido como Ley de Concesiones de Obras Públicas, constituye un cuerpo normativo especial que establece un conjunto de reglas destinadas a regular la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras o servicios, del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan, de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, no obstante, dicho texto legal no contempla mecanismos especiales de procedimiento para hacer efectivas las normas de responsabilidad en él contenidas ni para obtener las indemnizaciones de los daños causados al usuario con motivo u ocasión del incumplimiento de los deberes u obligaciones que se imponen al concesionario, por lo que, efectivamente, resulta procedente la aplicación del procedimiento contemplado en la ley

19.496, para perseguir la responsabilidad de aquél, sin perjuicio que el juez de Policía Local deba resolver el asunto conforme a las normas sustantivas o de fondo previstas en el citado Decreto Supremo.”

“7) [...] De esta forma, la empresa concesionaria se encuentra relacionada jurídicamente con la autoridad estatal, relación 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 de la ruta que tiene concedida en explotación, de modo 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. [...]En cambio, 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 y, de otro, el pago de un valor prefijado por ello, debiéndose tener en consideración que este 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 es quien actúa motivada, como es natural, por el afán de obtener una legítima ganancia; por tanto, según se ha dicho, la relación

entre concesionaria y usuario se encuentra regido por el derecho privado, siendo el contrato existente entre ambos, de carácter bilateral, consensual, oneroso y conmutativo, aunque con variaciones en cuanto al estatuto específico aplicable; por tanto, la responsabilidad perseguida en estos autos es de naturaleza contractual.”

26.

Caratulado	Cabezas Muñoz, Edith y otros con Rutas del Bosque Sociedad Concesionaria S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Ministros	Juan Clodomiro Villa, Diego Simpértigue, Carola Rivas.
Rol	483-2012
Hechos	Caída de automóvil provocada por existencia de socavón en puente Batuquito.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Deber de seguridad. Cabe descartar la existencia de caso fortuito, puesto que si bien el desplome del terraplén de acceso a un puente en la ruta sólo pudo provenir de la intensidad de la lluvia y la crecida del estero, la caída del automóvil por dicho

	forado al cauce del estero, proviene sólo de la falta de previsión y seguridad de la misma concesionaria frente a tal fenómeno meteorológico, la que debió incrementar sus sistemas de seguridad y vigilancia en los puentes. Se descarta la existencia de caso fortuito, por cuanto no concurre el elemento de “imprevisibilidad”. La ley ha definido que el estándar de calidad y condiciones de una ruta concesionada están determinadas por “condiciones normales de utilización” de la carretera.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“3) Que, como lo ha dicho la Corte Suprema en reiterados fallos, tratándose del resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o rutas concesionadas, la normativa legal ha instaurado un régimen de responsabilidad de índole subjetiva o con culpa que se rige por su ley propia y por las normas de orden extracontractual [...] Es así que, para determinar la responsabilidad de la demandada Ruta del Bosque Sociedad Concesionaria S.A., y por cierto, el caso fortuito que alega como eximente, es menester considerar lo que, en primer término, dispone el artículo 35 del Decreto N° 900, de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado

del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas [...]"

"6) Que, del conjunto de disposiciones legales y reglamentarias referidas precedentemente es posible extraer y determinar como una obligación de la concesionaria, el garantizar a los usuarios la seguridad en la utilización de las obras concesionadas."

"7) Que, en resumen, la obligación de seguridad que la ley y los reglamentos antes mencionados imponen al concesionario de obras públicas, les exige disponer de sistemas de vigilancia permanente y sistemas de patrullaje que permitan detectar la existencia de anomalías o peligros en la ruta que los habiliten en forma oportuna, a tomar las medidas de seguridad necesarias para evitar daños a terceros. En el caso de autos, le cabe responsabilidad extracontractual a la concesionaria, fundada en las normas del derecho común, si el incumplimiento de deberes de cuidado y particularmente del deber de seguridad que le es exigible a la concesionaria en los términos recién descritos, ha causado un daño a los demandantes. De existir tal incumplimiento, ello no puede sino ser culpable, por tratarse de deberes impuestos por la ley y el reglamento."

"8) Dicha situación de extraordinaria intensidad en la lluvias -al contrario de lo que argumenta el demandado- motivaba de su parte y

conforme a las obligaciones que emanan de las disposiciones legales y reglamentarias ya comentadas, la ejecución de una excepcional vigilancia y, más aún, la adopción de medidas que extremaran la seguridad de la vía, a fin de satisfacer el estándar de un normal funcionamiento de la ruta frente a lluvias intensas, las que, por lo demás, no son extrañas en esta zona del país. De esta manera, coincidiendo con lo expresado por el juez a quo, cabe descartar la existencia de caso fortuito, puesto que si bien el desplome del terraplén de acceso a un puente en la ruta solo pudo provenir de la excepcional intensidad de la lluvia y la crecida del estero; la caída del automóvil que conducía Luis Felipe Gómez Cabeza por dicho forado al cauce del estero, proviene sólo de la falta de previsión y seguridad de la misma Concesionaria frente a tal fenómeno meteorológico, la que debió incrementar sus sistemas de seguridad y vigilancia en los puentes más aún considerando que el día anterior se había socavado el puente Duqueco, a un par de kilómetros de donde se ubicaba el Batuquito.”

“10) Que, en consecuencia y como se aprecia de las mismas consideraciones anteriores, el demandado faltó negligente y culpablemente al deber de seguridad que le imponía la Ley de Concesiones y su Reglamento, pues como se aprecia, no mantuvo la ruta concesionada en un estándar en condiciones normales de uso y,

más aun, no cumplió con su obligación de mantener equipos de vigilancia permanente en el camino para detectar posibles causas de accidentes y asumir la seguridad que corresponde, mediante la señalización y avisaje oportuno a los usuarios.”

27.

Caratulado	Silva Jara y otro con Concesionaria Ruta de la Araucanía
Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Ministros	Hernán Crisosto, Teresa Mora, abogado integrante Pedro Campos.
Rol	512-2006
Hechos	Cruce de vacuno en la carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Artículo 2326 del Código Civil.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

“4) Que, así las cosas si bien nos encontramos ante la infracción establecida en el artículo 165 N ° 11 de la Ley de Tránsito, N° 18.290, no podemos en estas circunstancias responsabilizar a la empresa concesionaria ya que no aparece que sea esta la dueña del animal suelto en la vía, ni que haya incurrido en la falta de que teniendo conocimiento no haya despejado la vía.”

“5) Que, por otra parte es obligación del conductor conducir atento a las condiciones del tránsito del momento, conforme lo establece la ley antes señalada en el artículo 114.”

“6) Que de lo que se lleva dicho, y de los antecedentes allegados a estos autos no es posible concluir que la empresa Sociedad Concesionaria de Los Lagos S.A., haya tenido culpabilidad en el hecho investigado, razón por la que se desestimarán las querellas y demandas deducidas por doña Hoderay Eunice Leal Mora a fojas 22 y la deducida por René Alejandro Silva Jara de fojas 46 en contra de la mencionada concesionaria.”

28.

Caratulado	Crocco Villarroel, Juan Alejandro con Sociedad Concesionaria AMB S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Ministros	Jorge Dahm, María Soledad Melo, abogado integrante Ángel Cruchaga.
Rol	2277-2010
Hechos	Cruce de perro en la carretera.
Temas	Responsabilidad subjetiva. Causales de exención. De acuerdo al contrato de adjudicación, la empresa concesionaria estaba obligada a la mantención de obras de conservación en el sector donde el demandante dice que ocurrió el accidente, las cuales consistían en alambradas, las que estaban colocadas, de manera que no estaba obligada a instalar sistemas adicionales de protección en el sector para el no ingreso de animales pequeños.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada.

“2) Que cabe tener presente que en los momentos que se está en un paso a nivel, y más aun próximo a una entrada o salida del mismo, se

deben extremar las medidas de seguridad en el conducir, lo que en el caso de autos no ocurrió, en primer lugar por la excesiva velocidad para hacerlo dentro de un paso a nivel, y por no estar atento a las condiciones del tránsito, ya que no es extraño que en áreas menos pobladas se crucen perros en la carretera, pero lo mas importante es que por hacer una maniobra de esquite se termina estrellando el vehículo en contra del muro de contención de otra pista de circulación.”

“3) Que de acuerdo a la documentación de fs. 176, presentada en esta Corte y no objetada, de acuerdo al contrato de adjudicación a la concesionaria, aparece que esta estaba obligada a la mantención de obras de conservación en el sector donde el demandante dice ocurrió el accidente, y estas consistían en alambradas, las que estaban colocadas, de manera que no estaba obligada a instalar sistemas adicionales de protección en el sector para el no ingreso de animales pequeños”.

29.

Caratulado	Huerta Gómez, Víctor Manuel con Sociedad Concesionarias Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago

Ministros	Dobra Lusic, Mario Rojas, abogado integrante Osvaldo Contreras.
Rol	7152-2003
Hechos	Cruce de caballo en la carretera.
Temas	Deber de seguridad. De acuerdo al contrato de concesión, la demandada sociedad concesionaria, adquiere la obligación de no sólo mantener y conservar las vías, sino que también los cierres perimetrales, ello, para evitar daños a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros y al medio ambiente.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“1) Que de acuerdo al contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la interconexión vial Santiago- Valparaíso- Viña del Mar, la demandada, que es la concesionaria Consorcio Rutas del Pacífico se hizo responsable de mantener, conservar y operar la ruta, obligación que no comprende solamente la mantención y conservación de las calzadas o vías de circulación sino que también y, expresamente, los cierres perimetrales, todo a los efectos de las necesarias precauciones para evitar daños a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros y al medio ambiente.”

“2) Que la sola circunstancia de que circularen caballares por la carretera, que por demás fueron los que provocaron el accidente, constituye una demostración evidente y clara de que la demandada no dio cumplimiento al deber de brindar seguridad a los usuarios, entre ellos el demandante, los que tienen derecho a ella por la sola circunstancia de ingresar a la carretera y transitar por la carretera afectos a pagar por dicho servicio un peaje.”

30.

Caratulado	Combeau Trillat, René Ernesto con Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	Corte Suprema
Juez titular	Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, abogado integrante Alfredo Prieto.
Rol	6229-2010
Hechos	Colisión con defensa camionera metálica emplazada en la mediana de la carretera, la cual, producto de la colisión, ingresó a la cabina del automóvil.
Temas	Es posible afirmar que el estándar que debe observar la empresa concesionaria durante la fase de explotación

	<p>de la obra es el de normalidad. Tal como señala el profesor Enrique Barros, “El concepto que define el deber de servicio es la normalidad” (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica, primera edición, páginas 745 y 746).</p> <p>Uno de los propósitos de las barreras de contención, es impedir a los vehículos que transitan en direcciones contrarias virar en “U” o hacer giros entre calzadas o cruzarlas en lugares no habilitados para ello.</p> <p>Artículo 2329 del Código Civil.</p>
<p>Estado procesal</p>	<p>Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo respecto de sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia, que a su vez rechazó la demanda en todas sus partes.</p>

“17) Que es posible afirmar entonces que el estándar que debe observar el concesionario durante la fase de explotación de la obra es el de normalidad [...]”

“18) Que asentado el presupuesto de que, en la especie, a la sociedad concesionaria le cabe responsabilidad extracontractual fundada en las normas del derecho común, esto es, frente a la ocurrencia de un hecho ilícito consistente en el incumplimiento de deberes de cuidado,

particularmente del deber de seguridad que le es exigible a la concesionaria en los términos recién descritos, corresponde analizar si concurren los requisitos necesarios para que surja la obligación de indemnizar perjuicios a favor de los demandantes.”

“20) Que la investigación del accidente a cargo de los órganos técnicos competentes que fue allegada a la causa criminal seguida ante el Vigésimo Sexto Juzgado del Crimen de Santiago arrojó que la pista de desaceleración se encontraba correctamente señalizada, pavimento seco y en buen estado. Asimismo, en ese tramo de la vía la sociedad concesionaria no realizaba obras que pudieran perturbar las condiciones de seguridad y el tránsito de los usuarios de ellas.”

“23) Que de lo anterior sólo cabe concluir que interviniendo causalmente la negligencia, impericia o descuido del actor en la producción del daño, no puede considerarse que la concesionaria esté obligada a concurrir al pago de los perjuicios demandados.”

“24) Que de lo dicho se sigue necesariamente que la demanda no puede prosperar porque no se configura el elemento esencial para dar origen a la responsabilidad extracontractual, como es la culpa.”

“25) [...] Por consiguiente y conforme a lo razonado en los considerandos precedentes, al no haber incurrido en falta la

concesionaria Rutas del Pacífico S.A. en la prestación del servicio que le ha sido entregado para su explotación, tampoco puede establecerse la responsabilidad del Fisco por los daños sufridos por el actor, por lo que en este aspecto el recurso tampoco podrá prosperar.”

Acordada contra el voto del Ministro señor Muñoz, en cuanto estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo en virtud de las siguientes consideraciones:

“1) Que se tuvo por acreditado como hecho de la causa que en el cruce donde se produjo el accidente existía una barrera de contención que se iniciaba en forma de espolón o cola de pez. Al ser colisionada por el vehículo manejado por el demandante, parte de esa estructura se introdujo al interior del móvil, provocando la muerte de dos pasajeras que fueron alcanzadas directamente por dicha armadura.”

“2) Que según el Instructivo de Barreras de Seguridad (fojas 546) de enero del año 2000, elaborado por el Departamento de Seguridad Vial de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, al referirse a los terminales de una barrera, consigna: “Los terminales de inicio y fin de una barrera en ningún caso deben convertirse en obstáculos que constituyan por sí mismos un peligro adicional [...]”. Luego, describe al denominado Terminal Vertical o Brusco, como el existente en el Kilómetro 7 1/5 de la Ruta 68, en los siguientes términos: “Este tipo de

terminal consiste en poner al término o inicio de la barrera una pieza metálica con forma de espolón o cola de pez. Su utilización los convierte en puntos de gran rigidez, lo que genera deceleraciones muy altas a los ocupantes de un vehículo que llega a impactarlos, provocándoles graves daños o la muerte, otro inconvenientes es que la barrera ingresa al compartimento de pasajeros de los vehículos con las graves consecuencias que ello trae, por lo que no deben ser utilizados”.

“4) Que en concordancia con los documentos anteriores, en el “Instructivo para Proyectos de Sistemas de Contención Vial” del año 2001, confeccionado por la Dirección de Vialidad, se lee: “Cualquier impacto con un objeto fijo o con el extremo de una barrera de seguridad que no cuente con un terminal adecuado, tendrá una alta probabilidad de que produzca consecuencias graves [...]. Además, un impacto con el extremo de una barrera longitudinal puede traer como consecuencia que los elementos de ésta penetren al compartimento de pasajeros”.

“5) Que estos antecedentes evidencian claramente que una barrera con las características antes anotadas no sólo no cumple con la finalidad de seguridad vial que de ella se espera, esto es, reducir la gravedad de los accidentes producidos por usuarios que al perder el control de sus vehículos las impactan o se incrustan en ella, sino que además genera un nuevo peligro pues ciertamente, atendido su diseño,

se introducirá en la cabina de dichos móviles, aumentado exponencialmente el riesgo de los pasajeros.”

“7) Que estando en conocimiento la empresa concesionaria y las propias autoridades de la Administración del Estado, del inadecuado funcionamiento que presentaba esta barrera de seguridad, sin instar por su modificación, han incurrido en negligencia, la primera, y falta de servicio, la segunda.”

“8) [...] Sin embargo, de la prueba rendida en autos aparece con claridad que dicha observancia no es tal, atendido que no basta en la especie el cumplimiento formal de las cargas que le impone un determinado compromiso, sino que su obligación es llevar a cabo un adecuado desarrollo de las medidas de seguridad, puesto que su actuar primero está vinculado con garantizar la vida y e integridad de las personas que circulan por la carretera concesionada, en términos tales que permita evitar todo daño, adecuando su actuar a los nuevos estándares que nuevos estudios y el progreso han desarrollado [...] La obligación de cuidado, previsión y seguridad no es posible entenderla satisfecha y cumplida en una oportunidad, la cual por este solo hecho ha de entenderse satisfecha en el tiempo, puesto que no se está ante la prestación de un servicio único y definitivo, sino todo lo contrario, se ejecuta en el tiempo y, por lo mismo, debe adaptarse en el devenir de

éste. Es más, la concesionaria es beneficiada con ingresos mensuales y actualizados, asegurados por el Estado, motivo que le impone una adecuación”.

31.

Caratulado	Fortes Iribarren, Claudia Paz con Sociedad Concesionaria Elqui S.A.
Tribunal - Rol	Juzgado de Policía Local de Ovalle – Rol 4892-2006 Corte de Apelaciones de La Serena – Rol 22-2007
Juez - Ministros	- María Loreto Astorga - Redacción del Ministro don Raúl Beltrami Lazo.
Hechos	Cruce de burro en la carretera.
Temas	Infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada.

“1) Que, [...], la normativa mencionada también se inserta en el vínculo contractual que nace entre la Concesionaria y los consumidores

y/o usuarios, desde el momento del pago del peaje, vinculación de derecho privado, en cuanto este marco legal y reglamentario señalado, es el referente de la forma y condiciones en que la Empresa Concesionaria debe realizar la explotación de la ruta concesionada y, en consecuencia, es evidente que surgen claras obligaciones y responsabilidades de la Concesionaria para con los usuarios, en lo relativo a las medidas de control y seguridad en la ruta, tal como se expresará más adelante.”

“2) Que, la querellada ha alegado que es el propietario del animal quien es el responsable infraccional y civil de estos hechos, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 2326 del Código Civil y 165 N°11 de la Ley 18.290. Que, a este respecto, y sin perjuicio de dichas responsabilidades, el querellante y demandante civil, tiene el derecho a accionar en contra de la Concesionaria de la Ruta 5 Norte, quien en virtud del contrato oneroso de peaje celebrado entre las partes, adquirió las obligaciones cuyo incumplimiento se enmarcan en la Ley 19.496, sobre los derechos de los Consumidores, responsabilidades de naturaleza civil e infraccional que tienen también su sustento normativo en las disposiciones contenidas en la Ley de Concesiones, en el Decreto Supremo 164 de 20 de Febrero de 1997 que adjudicó el contrato de Concesión de la Obra Ruta 5 tramo Los Vilos y en las Bases de Licitación

de esta Obra. Que, en consecuencia, las mencionadas responsabilidades, tanto del propietario del animal, del propietario del predio y de la Sociedad Concesionaria, se pueden perseguir e incoarse en forma separada y conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos, los que son independientes entre sí.”

“3) Que, como bien se ha consignado en el motivo vigésimo octavo de la sentencia que se reproduce, el demandado, debido al incumplimiento de las obligaciones a que se ha hecho referencia, ha cometido infracción a las disposiciones de la ley 19.496 sobre Protección a los Derechos del Consumidor, al haber actuado con negligencia, causando un menoscabo al consumidor, debido a fallas o deficiencias en la calidad y seguridad del servicio prestado, como expresamente lo dispone el artículo 23 inciso 1º de la citada Ley.”

32.

Caratulado	Beltrán con Ruta de la Araucanía Sociedad Concesionaria S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Temuco
Ministros	Álvaro Mesa Latorre, María Elena Llanos Morales y Abogado Integrante Fernando Cártes Sepúlveda.

Rol	1414-2010
Hechos	Colisión con un bulto de color negro que se encontraba al centro de la carretera, semejante a un animal muerto. Finalmente, dicho bulto, resultó ser una malla de aproximadamente 30 metros de largo por 5 metros de ancho la cual se le calló, presumiblemente, a un vehículo de carga de productos del mar.
Temas	Daño moral.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia confirmada parcialmente.

“5) Que haciendo entonces un análisis de lo expuesto en el motivo cuarto, es nítido para esta Corte que existe daño moral. Ello porque los hechos efectivamente ocurrieron como los describió el actor. Salvo que sea un máquina, ningún hombre en la carretera enfrentado a un bulto de noche y que luego impacta a la una barrera de contención, puede quedar indemne o inmune a una daño. En este caso es claro que hubo angustia, miedo, desconfianza en el uso de la carretera, la preocupación por lo seres queridos que iban en el auto. Además todo lo que significa reparar el auto, y volver a realizar una vida normal. Finalmente, a estas alturas del derecho contemporáneo, parece increíble, que habiéndose

probado el accidente y sus consecuencias, se le exija a la víctima más prueba, de su daño moral es este caso alegado.”

33.

Caratulado	Contreras Ossandon Juan, Salas Garrido Sonia con Sociedad Concesionaria Autopista Los Libertadores S.A.
Tribunal	9° Juzgado Civil de Santiago
Juez	Lidia Poza Matus
Rol	38753-2009
Hechos	Cruce de vacuno en la carretera.
Temas	Se trató de un asunto claramente previsible pues es de público conocimiento que en otros lugares de la carretera la salida de animales es de común ocurrencia.
Estado procesal	En acuerdo (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4009 – 2013.

“20) Que este tribunal estima, según esta prueba reseñada, que la salida de animales hacia la carretera es una de las posibilidades que la concesionaria ha previsto pueden ocurrir en relación con la afectación de

la seguridad vial pero que en este tramo en particular se ha limitado a resguardar los cercos, mas no a vigilar las salidas de los pueblos aledaños porque ha entendido que no es su responsabilidad.”

“21) Que, no obstante ello, no debe olvidarse que conforme a las rigurosas Bases de Licitación, resulta que la tarea encargada por el Estado a las empresas particulares que se hacen cargo de la vialidad, implica el cumplimiento de una serie de exigencias de altísima seguridad que son necesariamente retribuida económicamente, no sólo por que los usuarios que pagan un peaje para transitar por las vías, sino porque también existen incentivos, premios o bonos relacionados con los índices de lesionados y fallecimiento de personas en los caminos y que son calculados sobre la base de las estadísticas que lleva Carabineros.”

“26) Que así las cosas ha resultado probado que la parte demandada incumplió su deber general de resguardo de la seguridad vial en el tramo en que los actores sufrieron el accidente.”

34.

Caratulado	Corvalán Contreras con Sociedad Concesionaria
-------------------	---

	Camino Nogales Puchuncaví S.A. y Fisco de Chile.
Tribunal	14° Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	Osvaldo Correa Rojas
Rol	9530 – 2004
Hechos	Cruce de caballo en la carretera.
Temas	Deber de seguridad.
Estado procesal	En acuerdo (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2041-2013).

“9) [...] Luego cabe expresar que conforme el mérito de los ordinarios obrantes a fojas 328 y siguientes se colige que el inspector fiscal de la concesión camino Nogales - Puchuncaví efectivamente ejercía la potestad de control de forma razonable, lo anterior a fin de que la concesionaria demandada diera cumplimiento a las obligaciones emanadas del contrato de concesión del caso sub iudice. En consecuencia este sentenciador estima que el Fisco de Chile ha cumplido con su obligación de supervigilancia del camino concesionado en cuestión, toda vez que ha realizado las labores de control conforme a una constante y razonable periodicidad, exigiéndose a la concesionaria que de cumplimiento a las diversas obligaciones emanadas de la

convención administrativa de autos. Que atendido lo precedentemente expuesto se dirá que en autos no se vislumbra una falta de servicio que pueda ser imputada al Fisco de Chile.”

“10) [...] En este orden de ideas cabe expresar que la ley de concesiones establece los estándares de cuidado que debe observar el concesionario durante la fase de explotación de la obra, estableciéndose por un lado un deber general de mantener las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, además de tener que facilitarse el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiéndose las causas que originen peligrosidad a los usuarios.”

“11) En virtud de lo anteriormente expuesto y teniéndose en especial consideración que el accidente de autos dice relación con un impacto de un automóvil con un equino se consignará que esta magistratura estima que la concesionaria demandada incurrió en una acción u omisión negligente respecto de sus deberes de cuidados generales y recíprocos de seguridad que se deben observar en un camino concesionado.”

35.

Caratulado	Leiva con Sociedad Concesionaria Autopista del Itata S.A.
Tribunal	14º Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	Oswaldo Correa Rojas
Rol	4255-2010
Hechos	Choque con rollizo de madera de eucaliptus de aproximadamente 2,44 metros de largo, que obstruía la carretera en ambas pistas de circulación.
Temas	Artículo 35 de la Ley de Concesiones, artículo 62 del Reglamento. No sólo existe una obligación de seguridad general, previa y permanente de la sociedad concesionaria, sino que además la misma concesionaria se obligó a adoptar medidas de seguridad, a través de las Bases de Licitación.
Estado procesal	Pendiente vista de la causa (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7915 – 2013)

“8) Que la lectura de los artículos precedentemente transcritos permite a esta judicatura inferir que la responsabilidad civil que atañe a las sociedades concesionarias escapa a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad, toda vez que a través de las normas

indicadas de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su respectivo Reglamento, se establece para el concesionario de autopistas una obligación de seguridad general y permanente respecto de los usuarios de las mismas, lo que indefectiblemente viene en consagrar legalmente un estándar de conducta más exigente que el reclamable en virtud de las normas del derecho común relativas a la responsabilidad. Todo lo anterior ha sido recogido además por la doctrina actualmente existente respecto a la responsabilidad civil de los concesionarios de obras viales, y acogido por la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Superior de Justicia.”

“9) En virtud de lo razonado en los considerandos que anteceden y normativa legal citada, es posible tener por establecido que la concesionaria tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para evitar la producción de daños a los usuarios, entendida ésta como una obligación previa a todas las exigencias técnicas que puedan imponerse en las Bases de Licitación por el Ministerio de Obras Públicas. Lo anterior fuerza a la concesionaria a evaluar los riesgos por sí mismas y en base a ello, adoptar las medidas adecuadas e idóneas para evitar que dichos riesgos se materialicen.”

“10) Sin perjuicio de lo señalado en la razón que antecede, la obligación previa del concesionario de tomar todas las medidas que sean atingentes

para evitar daños a los usuarios de la autopista concesionada, también se ve confirmado por las propias Bases de Licitación Acceso Norte a Concepción, tanto en sus Bases Administrativas como en sus Bases Técnicas. Es así como dentro de sus Bases Administrativas se contiene la siguiente cláusula: I.6.40 Daños a terceros durante la construcción y la explotación de la obra. El concesionario deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a propiedades de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra. 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 y al medio ambiente, será de exclusiva responsabilidad del Concesionario, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el MOP después de haber suscrito el Contrato. A su vez, en las Bases Técnicas y refiriéndose en concreto a la responsabilidad del concesionario, se acordó la siguiente cláusula: II.7.11 Responsabilidad, cuidado de la obra y riesgos. Desde la iniciación de las obras el concesionario asumirá plena responsabilidad por el cuidado de la obra y de todas las obras provisionales y los daños que pudieren producirse en ellas por cualquier causa, los que deberán ser reparados para restituir a las condiciones iniciales las obras

afectadas. El concesionario deberá mantener cuidadores, serenos, cercos y luces de alumbrado, en la cantidad suficiente para asegurar la protección de la obra para la seguridad y conveniencia del público y de sus propios obreros [...]"

"12) [...] es posible tener por acreditado que en el lugar del accidente, a pesar de ser constantemente transitado por camiones cargados con madera y de ser una zona lluviosa, no existían luces de alumbrado carretero que permitiera a los usuarios de la ruta concesionada avizorar oportunamente los posibles obstáculos que pudieran existir en la vía, siendo la caída de éstos del todo posibles en consideración a la constante circulación de camiones con carga por esa zona [...]"

"13) [...] lleva a esta judicatura a la inexcusable conclusión que la sociedad concesionaria demandada no cumplió con la obligación de seguridad general que recae sobre ella de conformidad a lo dispuesto la Ley de Concesiones y su Reglamento, ni con la obligación de tomar todas las precauciones que sean necesarias y en cantidad suficiente para evitar daños a los usuarios de la vía concesionada, a la que la demandada estaba especialmente constreñida en virtud de las Bases de Licitación pertinentes -conforme a lo ya desarrollado en el considerando décimo de esta sentencia- al no contar con luminaria en un camino

concesionado de alta velocidad, constantemente transitado por camiones con carga, existente en una zona en que las inclemencias del tiempo hacen riesgosa la conducción.”

36.

Caratulado	Lomeña con Concesionaria Tribasa Bío Bío S.A.
Tribunal	4° Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	María Paula Merino Verdugo
Rol	30316-2009
Hechos	Choque con rollizo de madera de eucaliptus de aproximadamente 2,44 metros de largo, que obstruía la carretera en ambas pistas de circulación.
Temas	Artículos 21 y 23 de la Ley de Concesiones. Para que sea procedente la indemnización de perjuicios que reclama el demandante, éste deberá acreditar que experimentó un daño indemnizable, vinculado causalmente a una actuación deficiente de la concesionaria, mientras que la demandada, por su parte, podrá eximirse de su responsabilidad, acreditando el cumplimiento de las obligaciones que le asisten en su calidad de concesionaria de obra pública o bien, la

	<p>conurrencia de alguna causal eximente, tal como el caso fortuito o la fuerza mayor.</p> <p>Daño moral.</p>
Estado procesal	En tabla para la vista de la causa (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3367 – 2013)

“12) [...] Esta responsabilidad, que emana del artículo 21 en comento, dice relación con una enumeración no taxativa de obligaciones de la sociedad concesionaria, al disponer en la parte final del inciso primero, que ésta deberá cumplir igualmente, esto es, con arreglo a las normas del derecho público, ¿las normas que regulan la actividad dada en concesión, lo que resulta coherente con la circunstancia que el Estado, a través de una contraprestación económica entregada a un particular, se ha desprendido de una obligación que le es propia como es la construcción, reparación y mantención de las rutas de tránsito del país, radicando sus derechos y obligaciones en la esfera patrimonial de la concesionaria, los que ésta, a su vez, asume.”

“13) Que, la circunstancia de que el sujeto finalmente responsable sea el concesionario, guarda consonancia con el régimen general de concesiones. El concesionario responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido por delegación una función pública, y, en el caso

que nos ocupa, el fundamento de la responsabilidad corresponde a la falta de servicio [...]"

"14) [...] De acuerdo a lo anterior, corresponderá determinar, en primer lugar, si la sociedad demandada incurrió en falta de servicio, esto es, en el caso de autos, si incumplió su deber de cuidado y vigilancia de la carretera concesionada. Para ello se entenderá por falta de servicio el comportamiento defectuoso o anormal del servicio prestado por la concesionaria, y a tal efecto, deberá determinarse si ésta realizó las acciones que, dentro del marco jurídico que le es aplicable, eran no sólo esperadas sino también exigibles a la demandada. En efecto, la falta de servicio que acarrea la responsabilidad de la demandada, se produce si, en el ejercicio de sus funciones de explotación de la vía concesionada, no actúa debiendo hacerlo, o bien si su intervención es tardía o es defectuosa, causando perjuicios a los destinatarios o usuarios de la vía, y en consecuencia, tres son sus requisitos de procedencia, los cuales deben concurrir copulativamente, a saber: a) la falta de servicio, ya sea por la inexistencia del servicio o porque éste fue prestado deficientemente en relación a aquel al que estaba obligado a prestar la concesionaria; b) la existencia del daño causado y; c) que entre la falta de servicio y este daño sufrido exista una

relación de causalidad, en términos tales que el segundo sea consecuencia de la primera.”

“16) Que, continuando con el análisis, respecto del primer requisito indicado, esto es, la falta de servicio, cabe colegir de las alegaciones de la demandante que la conducta deficiente que reprocha a la autopista, dice relación con que encontrándose la concesionaria obligada a velar por la seguridad de los usuarios de la carretera y que ésta, por tanto, se encuentre sin riesgos, expedita y libre de obstáculos, no efectuó un patrullaje constante, periódico de toda la ruta, por un lado, ni reaccionó oportunamente a las denuncias de usuarios por la presencia de rollizos de madera en la vía, por otro.”

“20) Que, las conductas denunciadas constituyen, a juicio de esta Sentenciadora, una deficiencia en el servicio que se espera y es exigible a la concesionaria Autopista del Itata. En efecto, en primer lugar, la circunstancia que el sector correspondiente al accidente no fuere patrullado ni transitado por vehículo alguno de la demandada después de las 19:25 hrs. no puede menos que revestir una vulneración al deber de seguridad que pesa toda sociedad concesionaria, y que, según se ha venido razonando, encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Concesiones, el cual consagra el deber de garantizar la seguridad de los usuarios en la utilización de la obra

concesionada. En relación a esta disposición, nuestra jurisprudencia sostiene que dicha obligación debe ser cumplida empleando una esmerada diligencia, y así ha tenido presente que nuestra normativa exige al concesionario vial una especial diligencia en el cumplimiento de la obligación de seguridad que tiene respecto de los usuarios [...] En base a lo anterior aparece entonces que el concesionario deberá cumplir con una esmerada diligencia la obligación de seguridad analizada, habiéndose destacado así que los estrictos términos con que la ley ordena la exigencia de normalidad no se limitan a requerir una normalidad común o mera normalidad, sino que, absoluta normalidad, esto es, en sentido literal, aserción general dicha por la ley en tono de seguridad y magisterio lo que implica que las rutas concesionadas han de otorgar al conductor vehicular márgenes de seguridad en términos de absoluta normalidad, suprimiendo cualquier obstáculo o alteración que impida el desplazamiento seguro de los vehículos [...] si la obra concesionada corresponde a una autopista que cruza la Región del Bío Bío, por la cual transita regularmente transporte de carga de madera, toda vez que es un hecho público y notorio que la forestal es una de sus principales actividades económicas, ubicándose incluso en sus proximidades la planta Nueva Aldea de Celulosa Arauco, según consta además del informe policial referido en el numeral vii. 9) del motivo Sexto

precedente, cabe razonar que la sociedad concesionaria demandada debe emplear los mayores medios disponibles, a fin de detectar en el más breve tiempo posible la caída a la vía de troncos de gran tamaño, de más de dos metros, cuya presencia atenta, desde luego, contra la seguridad de sus usuarios”

“21) Que, es insuficiente para desvirtuar tal apreciación, la argumentación de que el accidente se debió a la negligencia del transportista de cuyo camión cayeron los troncos o rollizos de madera, toda vez que este hecho es precisamente una de las posibles situaciones de riesgos o peligros que la sociedad concesionaria está obligada a prevenir mediante el patrullaje permanente de la vía, con independencia de que este hecho conlleve una infracción a lo dispuesto en la Ley N° 18.290 [...]”

“24) Que, en cuanto a la alegación de la demandada de revestir el accidente de autos un caso fortuito, como eximente de su responsabilidad, cabe señalar que de acuerdo a la definición entregada por el artículo 45 del Código Civil, se entiende por caso fortuito, o fuerza mayor, al imprevisto que no es posible de resistir. De la anterior definición se desprende que deben concurrir dos requisitos para que se constituya esta eximente de responsabilidad, a saber, el que sea imprevisible e irresistible. Respecto de la imprevisibilidad, y tal como se

expresó en el motivo Vigésimo Primero, la obra concesionada se emplaza en una zona forestal, existiendo incluso a la altura de su kilómetro 21 la planta Nueva Aldea de Celulosa Arauco, por lo que es de suyo suponer que circulan por ella camiones que transportan grandes troncos de madera, y que en caso de una mala estiba o incluso una situación accidental, puede llegar a constituirse en peligrosos obstáculos en la vía. En relación con el segundo requisito, esto es la irresistibilidad, cabe consignar que de haberse ejercido en la vía un adecuado sistema de patrullaje y vigilancia, la presencia de los troncos de madera se habría resistido, sino fácilmente, al menos con la suficiente precaución para prevenir el accidente, lo que no ocurrió en la especie.”

37.

Caratulado	Monares con Sociedad Concesionaria Ruta 5 Tramo Talca – Chillán.
Tribunal	15° Juzgado Civil de Santiago.
Juez titular	Claudia Lazen Manzur
Rol	24212-2011
Hechos	Choque contra barrera de contención ubicada de tal

	forma que la punta queda dirigida frontalmente hacia los vehículos, sin tener su punta o extremo doblado en curva.
Temas	Responsabilidad contractual. No existe de 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.
Estado procesal	En tabla para la vista de la causa (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 9725 – 2013)

“4) Que atendido el tenor de la contestación de la demanda lo primera cuestión a dilucidar dice relación con determinar el estatuto jurídico de a responsabilidad, aplicable al asunto sub judice. En efecto, el actor ha fundado su demanda en el estatuto de responsabilidad contractual y el demandado, por su parte ha esgrimido que la controversia debe ser resuelta a la luz de las normas que gobiernan la responsabilidad aquiliana”

“9) La responsabilidad contractual es la que deviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento imperfecto, lo cual aparece de lo señalado en el artículo

1556 del Código Civil; ya que si de acuerdo al artículo 1545 del referido texto legal, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño causado. La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil proviene de un delito o cuasidelito civil, esto es, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no tiene derivación de la inejecución de una obligación preexistente, ya que ninguna existe entre la víctima y el autor del daño, y si la hubiere, éste se produjo fuera de ella y proviene de su infracción.”

“10) [...] La obligación de seguridad tiene como principal fundamento lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el cual al tratar los derechos y obligaciones del concesionario dentro del régimen jurídico durante la fase de explotación, le impone el deber de asegurar la continuidad de la prestación del servicio, la cual le obligará especialmente a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, 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 [...]”

“12) Que respecto de este punto, la doctrina se encuentra conteste en que el pago de peaje es un tributo de los clasificados como tasa o tarifa, entendiendo por tasa el ingreso ordinario de derecho público que el Estado obtiene con motivo de su intervención o gasto de la administración motivado directamente por el particular o solicitante; (Vergara Wistuba, Carlos. Manual de Derecho Tributario. T.I, Ed. Librotecnia). Cabe señalar que respecto de las concesiones, donde la administración, mantención y explotación de la obra pública está a cargo de un privado, el peaje no pierde su naturaleza. Es más, en el caso particular, la concesionaria tiene a su cargo el cobro del peaje conforme a las bases de licitación acompañadas en autos, reglándose profusamente el tipo de contraprestaciones económicas entre el Estado y la concesionaria, de modo tal que el ingreso por concepto de tarifa es distribuido en distintas proporciones entre la concesionaria y el Estado. La concesión de obra pública es un contrato administrativo entre el Estado y un tercero, quien está por ello obligado para esos efectos a realizar una obra, y siempre en tal situación el pago no va a ser efectuado por el otro contratante, sino por los usuarios de la pista concesionada, a través del sistema de peaje, 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 [...]”

38.

Caratulado	Medina con Concesionaria de Los Lagos S.A.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Rosa Egnem, los Ministros Suplentes Alfredo Pfeiffer y Dinorah Cameratti y los Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia y Alfredo Prieto.
Rol	5678-2012
Hechos	Cruce de vacuno en la carretera.
Temas	Deber de vigilancia y deber de seguridad. Pesa sobre la sociedad concesionaria para con el usuario de una carretera concesionada la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes en aquélla, la que en este caso fue incumplida.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Se revoca la sentencia apelada, acogiendo así la demanda interpuesta, sólo en cuanto condena a la sociedad concesionaria.

“13) Que de lo anterior se sigue, que dentro del contenido de la obligación de seguridad impuesta al concesionario de obras públicas se encuentra el deber de cuidado y vigilancia diaria y permanente en la vía concesionada de modo de eludir peligros evitables que pudieren sobrevenir. En este caso, resulta evidente que el animal entró a la autopista por un espacio no cerrado adecuadamente, que no fue posible determinar en la revisión de los cercos que se efectuó con posterioridad al accidente [...] De tal forma, resulta razonable la exigencia a la concesionaria de mantener vigilancia permanente y sistemas de patrullaje que permitan detectar y tomar las medidas de seguridad necesarias en forma oportuna, por los factores de riesgo detectables en el tramo de la ruta donde ocurrió el accidente, y la obligación permanente de suprimir las causas que originen peligrosidad”

“16) Que, del mismo modo, se evidencia que hay vínculo causal entre el incumplimiento del deber de seguridad y el daño ocurrido, reflejado inmediatamente en las lesiones sufridas por el conductor y los daños del vehículo. Lo expresado revela que aunque fuere cierto -como sostiene la concesionaria demandada-, que existan otros agentes causantes del daño como el dueño o encargado del animal que ingresó a la carretera y fue embestido por el furgón, ello no es obstáculo para determinar que la sociedad concesionaria también es obligada a la

indemnización, por existir una concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables”

“17) [...] La colisión se produjo debido a que la concesionaria demandada, quien estaba a cargo de la explotación y conservación de las obras correspondientes al tramo donde ocurrió el accidente, incumplió su obligación legal y reglamentaria de adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes, específicamente, incumplió el deber de implementar sistemas de vigilancia permanente y de patrullaje que permitieran controlar el estado de los cercos y tomar las medidas de seguridad adecuadas. Por consiguiente, encontrándose establecida la responsabilidad de la demandada, cabe tener en consideración que el artículo 2314 del Código Civil, prescribe: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. Luego, los actores, en la calidad invocada de víctimas del ilícito, han podido ejercer las acciones reparatorias que de él provengan.”

“23) Que en esas circunstancias, cabe concluir que en el presente caso asiste responsabilidad extracontractual a la sociedad demandada, puesto 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.”

39.

Caratulado	Neira Cáceres, Roberto con Autopista del Bosque S.A.
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción.
Ministros	Redacción del Ministro Jaime Simón Solís Pino.
Rol	1051-2011
Hechos	Cruce de dos caballos en la carretera.
Temas	Responsabilidad extracontractual y requisitos.
Estado procesal	Recurso de Apelación. Sentencia de primera instancia revocada. Se rechaza el Recurso de Casación en el Fondo deducido por la parte demandante.

“19) Que de esta forma no se encuentra probado que el factor determinante del accidente haya sido la presencia de los caballos en la calzada, lo que significa que no se ha logrado establecer los requisitos

esenciales de la responsabilidad extracontractual, esto es el hecho culposo y la correspondiente relación de causalidad entre este hecho y los daños o perjuicios causados al demandante.”

“20) Que al no estar acreditado estos requisitos, resulta intrascendente la ponderación de la prueba rendida destinada acreditar los daños demandados.”

40.

Caratulado	Silva Santibáñez María con Autopista del Sol
Tribunal	18° Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	Claudia Donoso Niemeyer
Rol	2896-2012
Hechos	Cruce de perro pastor alemán de gran tamaño en la carretera.
Temas	Para encontrarnos frente a la responsabilidad extracontractual, deben concurrir diversos elementos: la existencia de un hecho culpable o doloso, además del daño, relación de causalidad entre ambos elementos y la capacidad delictual.
Estado	Sentencia de primera instancia rechaza la demanda de

procesal	autos en todas sus partes.
-----------------	----------------------------

“12) Que la explotación de la concesión en cuestión dice relación con una ruta determinada cuya ejecución y obra se ciñó a las especificaciones técnicas determinadas que se encuentra predeterminadas, entre las que se encuentran precisamente los cierres perimetrales de la misma, las que como señala la demandada se encontraban en perfecto estado de conservación, todo ello fijado por la autoridad conforme a las características de la ruta sin que quepa extender la responsabilidad de la Concesionaria en dicha explotación a elementos externos, sino que estrictamente a la obligación propia del contrato, esto es, a la mantención de la misma en óptimas condiciones para el desplazamiento de los usuarios.”

“13) Que no puede sino interpretarse en dicho sentido el artículo 62 de la Ley y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, al disponer la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria de todo daño de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación, se cause a terceros”

“14) Que en este orden de ideas y apareciendo de lo analizado que no concurre el primer requisito de la responsabilidad extracontractual

señalados en el considerando décimo, es que no puede prosperar la demanda de autos.”

41.

Caratulado	Urrejola González Eduardo, Olea Matte Hector, Montenegro Sánchez María, con Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria.
Tribunal	30° Juzgado Civil de Santiago
Juez titular	María Eugenia Campo Alcayaga
Rol	25575-2012
Hechos	Piedra de aproximadamente 2 kilos lanzada desde pasarela peatonal.
Temas	Artículo 23 y 35 de la Ley de Concesiones los cuales señalan que el concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización. Artículo 6 de la Constitución Política de la República.
Estado procesal	Sentencia de primera instancia acoge demanda.

“12) [...] La continuidad de la prestación del servicio le obliga especialmente a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras. El concesionario responderá entonces por los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionen a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas después de haber sido adjudicado el contrato.”

“13) Que, en ese mismo sentido los artículos 62 N°1 y 2 del Reglamento de Concesiones, dispone; La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros, todo daño de cualquier naturaleza que con motivo de la ejecución y explotación de la obra se causa a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros y al medio ambiente, será de exclusiva responsabilidad de la sociedad concesionaria. Asimismo, el artículo 62-D del Decreto Ley N°1938 que respecto de las concesiones sobre bienes fiscales expresa que el fisco no responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma, se ocasionen a terceros después de haber sido celebrado el contrato de concesión, los que serán de cargo del concesionario.”

“14) Que, las disposiciones legales anteriormente citadas, responden al principio contenido en el artículo 6 de la Constitución Política de la República de Chile, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas citadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República, por lo que la infracción a esa norma acarrea las responsabilidades y sanciones que determine la ley, lo cual en relación al precepto constitucional es la Ley de Concesiones, aplicable en la especial, la que ha establecido en materia de responsabilidad que esta queda radicada en el concesionario y no en el Fisco. Es en virtud de esta norma expresa que el sujeto responsable es aquel concesionario quien como se ha afirmado por la doctrina, responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido delgadamente una función pública. El desplazamiento de la tarea pública a un concesionario significa que esta también debe asumir la responsabilidad que se sigue de las funciones que le son delegadas.”

“15) Que, lo antes referido no hace más que corroborar el hecho que respecto de la demandada su responsabilidad es objetiva, la cual emana no sólo del Reglamento, sino que en la propia Ley de Concesiones particularmente en los artículos 35 y 62 N°2, respectivamente, de esos 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.”

“16) Que, la necesidad conveniente y prudente de 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 [...]”

42.

Caratulado	Vidal Pedrotti, Sandra con Concesionaria Ruta de Los Ríos.
Tribunal	Corte Suprema
Ministros	Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval y los Abogados Integrantes Alfredo Prieto y Arturo Prado
Rol	4263-2011
Hechos	Choque contra barrera de contención.
Temas	La ley exige cierto estándar de servicio a la empresa concesionaria, que asegure el funcionamiento normal de

	la carretera, entre los que está el de la limpieza y otras acciones destinadas a la operatividad de las cunetas recolectoras de aguas para que queden libres de todo obstáculo que pueda entorpecer la normal evacuación y escurrimiento de las aguas lluvias del rodado.
Estado procesal	Se rechaza el Recurso de Casación en el Fondo con el voto en contra del Ministro Sergio Muñoz.

“8) Que en primer término el recurso de nulidad de fondo denuncia en lo que se refiere a la responsabilidad de la concesionaria, la infracción de los artículos 23, 24 y 35 del Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, 18 inciso 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 50 del Ministerio de Obras Públicas, 62 y 63 del Reglamento de la Ley de Concesiones y 2314 del Código Civil, porque en la sentencia de primera instancia se estableció que en el sector del accidente se produce una acumulación de aguas y el escurrimiento de éstas sobre la calzada hacia los costados por la falta de mantenimiento en las cunetas de mediana [...]”

Se rechaza el Recurso de Casación en el Fondo con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, quien estuvo por acoger el recurso de casación en la forma y en consecuencia no emitir pronunciamiento sobre

el recurso de casación en el fondo interpuesto, en virtud de los siguientes fundamentos:

“1) Que en el caso sublite la sentencia de primera instancia estableció en el considerando vigésimo octavo que en el sector del accidente se produce una acumulación de aguas y el escurrimiento de éstas sobre la calzada hacia las cuneta, hecho que ocurre por falta de mantención en las cunetas de mediana [...]”

“2) Que como consecuencia de lo anterior, este disidente fue de parecer de dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, revocando parcialmente la sentencia de primer grado y acoger la demanda intentada por los hijos de don Juan Díaz en contra de la Concesionaria Ruta de los Ríos, en atención a las consideraciones que se expondrán a continuación.”

“4) [...] En el caso de autos es posible establecer que la muerte de don Jaime Díaz Vargas, hecho no discutido por las partes, fue consecuencia de dos circunstancias acreditadas en la causa. Una constituida por la existencia de agua acumulada en la zona central de la carretera, que escurrió hacia el costado de la calzada por la superficie como consecuencia de la falta de mantenimiento en las cunetas de mediana [...]

“6) Que en consecuencia, la existencia de la acumulación de agua en la carretera y el escurrimiento de dicho elemento hacia los costados por falta de mantenimiento en las cunetas de mediana constituye una condición equivalente en la producción del daño, imputable a la concesionaria demandada.”

43.

Caratulado	Wolnitzki Reyes Raúl con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.
Tribunal	14° Juzgado Civil de Santiago.
Juez titular	Oswaldo Correa Rojas
Rol	28069-2007
Hechos	Cruce de vacunos en la carretera.
Temas	La Ley de Concesiones establece que el concesionario durante la fase de explotación de la obra se encuentra en la obligación de mantener las obras, sus accesos, señalización, además de tener que facilitarse el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiéndose las causas que originen peligrosidad a los usuarios
Estado	Sentencia de primera instancia acoge la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral. A su vez,

procesal	rechaza el cobro de indemnización de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.
-----------------	---

“4) En este sentido resulta menester indicar que la demandada de autos se encuentra obligada a prestar un servicio en términos de garantizar las debidas condiciones de seguridad, lo anterior en virtud de la concesión de obra pública del caso sub ¿ lite, todo lo cual se condice con lo previsto por el legislador [...] Atendido lo anteriormente expuesto y teniéndose en especial consideración que el accidente de autos dice relación con un impacto de un automóvil con vacunos que se encontraban en la ruta de autos, se consignará que esta magistratura estima que la parte demandada incurrió en una infracción respecto de la obligación de seguridad que se debe observar en un camino concesionado de alta velocidad.”

“5) Que respecto de la existencia de perjuicios se indicará que en la legislación nacional daño o perjuicio son términos sinónimos, pudiéndoseles definir como todo detrimento o menoscabo que sufra una persona en su patrimonio o en su persona física o moral. En cuanto al daño emergente y lucro cesante alegados en autos se consignará que atendido los principios que gobiernan en materia probatoria y teniéndose presente lo preceptuado por el artículo 1698 del

Código Civil corresponde acreditar la existencia de los aludidos daños a la parte que los alega”

