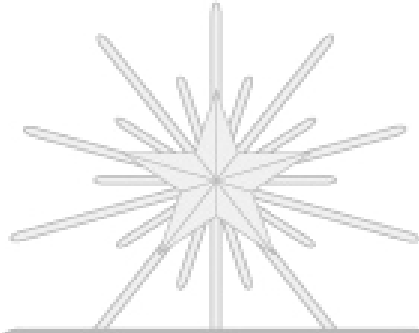




Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado



MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES:

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DESPERFECTOS VIALES

Profesor Guía:
Autor:

Mauricio Tapia Rodríguez.
Carla López Valenzuela.

Santiago, junio 2012.

ÍNDICE

ABREVIACIONES	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO	10
1. REGULACIÓN GENERAL MAYORITARIA	10
1.1 Constitución Política de la República	10
1.1.1 Derechos constitucionales vulnerados con el actuar negligente del Estado. Principio pro-administrado	11
1.1.2 Fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.	15
1.1.2.1 Teoría del Órgano	15
1.1.2.2 Principio de Legalidad	20
1.2 Código Civil	21
1.2.1 Aplicación general	21
1.2.2 Presunción de culpabilidad por el hecho propio. Aplicación del artículo 2329 del Código Civil	24
1.2.3 Responsabilidad por el hecho ajeno como fundamento de la responsabilidad de las Municipalidades y Empresas de Servicios Básicos	28
1.2.3.1 Concepto de deber de vigilancia	29
1.2.3.2 Casos de subcontratación	34
1.2.3.3 Problemas de legitimación pasiva	36
1.2.4 Calles y vías públicas como bienes nacionales de uso público. Aplicación integrada del artículo 589 del Código Civil con la Ley de	39

Tránsito	
1.2.5 Limitación de la responsabilidad por la exposición imprudente al daño por parte de la víctima. Aplicación del artículo 2330 del Código Civil	41
1.3 Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado	42
1.3.1 Características generales	42
1.3.2 Artículos 4 y 42 como reforzamiento del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado establecido en la Constitución. Abandono de la teoría de la falta o culpa civil de la Administración. Criterio general de imputación aplicable a los órganos del Estado	44
1.4 Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades	49
1.4.1 Características generales	50
1.4.2 Interpretación integrada del deber general de administración y mantención de los bienes nacionales de uso público	51
1.4.3 Consagración de la falta de servicio Municipal	53
1.4.4 Facultades en materia de tránsito y señalización	57
1.4.5 Responsabilidad de las Municipalidades en la planificación urbana/vial. Interpretación armónica con la Ley General de Urbanismo y Construcción	63
1.4.5 Distribución de competencias viales frente a la descentralización de órganos de la administración. Ley N°19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional	65
2. REGULACIÓN SECTORIAL MAYORITARIA	67
2.1 Ley N°18.290 de Tránsito. Modificaciones al derecho común	67
2.1.1 Conceptos básicos. Ámbito de aplicación	70
2.1.2 Artículo 174. Complementación del estatuto de responsabilidad de las Municipalidades	71
2.2 Ley N°8.946 de Pavimentación Urbana	76

2.2.1 Problemas de legitimación pasiva. Subsidiariedad de las Municipalidades frente al Serviú y el MOP	76
3. REGULACIÓN SECTORIAL MINORITARIA	82
3.1 D.L. N°900 de Concesiones de Obras Públicas y D.F.L N° 956 Reglamento de Concesiones de Obras Públicas ¹ . Obligaciones del concesionario en materia de desperfectos viales	82
3.1.1 Concurrencia de responsabilidades entre el concesionario y la Municipalidad. Deber expreso de fiscalización estatal	84
3.1.2 Daños a terceros. Tipo de responsabilidad de las sociedades concesionarias. Contractual vs. Extracontractual. Estatutos alternativos	88
3.2 D.F.L N°850 sobre Construcción y Conservación de Caminos	94
3.2.1 Tipos de caminos. Responsabilidad de la Dirección de Vialidad	94
3.2.2 Regulación de los terrenos adyacentes a los caminos	96
3.3 Estatutos legales alternativos. Regulación Sanitaria y Laboral	98
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	102
1. ELEMENTOS COMUNES QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	102
1.1 Acción u omisión imputable y antijurídica	102
1.2 Daño o perjuicio	107
1.3 Relación de causalidad	112
2. ASPECTOS PROBATORIOS RELEVANTES	116
2.1 Principio general en materia de carga de la prueba. Falta de servicio	116

presunta	
2.2 Prueba del daño moral	118
2.3 Presunciones de daño moral	119
3. ASPECTOS RELEVANTES DEL CRITERIO DE FALTA DE SERVICIO	122
3.1 Concepto y requisitos	122
3.2 Carácter objetivo o por culpa	125
3.2.1 Responsabilidad por culpa	126
3.2.2 Objetivización de la responsabilidad a través de presunciones	128
3.2.2.1 Teoría del Riesgo Creado	130
3.2.2.2 Teoría de Igualdad ante las Cargas Públicas	131
3.2.2.3 Teoría del Enriquecimiento sin Causa	131
3.2.2.4 Teoría del Órgano	131
3.2.3 Posturas intermedias	132
4. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD	134
4.1 Responsabilidad objetiva	135
4.1.1 Independencia de la culpa o negligencia del funcionario o del servicio y exigencia única de causalidad	137
4.1.2 Falta de servicio como factor que elimina el criterio de culpa o dolo. Objetivización de la responsabilidad	139
4.1.3 Las personas jurídicas no pueden ser responsables en base a un criterio de culpa o dolo	140
4.2 Responsabilidad por culpa	140
4.2.1 La responsabilidad objetiva es de derecho estricto. Imposibilidad de crear presunciones de responsabilidad	141
4.2.2 Falta de servicio como criterio de imputación	143
4.3 Régimen de responsabilidad de las sociedades concesionarias	145

5. CAUSAS JURISPRUDENCIALES MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD	150
5.1 Exposición imprudente al daño por parte de la víctima	151
5.2 Causa extraña, caso fortuito o fuerza mayor	155
5.3 Criterios no jurídicos. Reconocimiento de responsabilidad tácito y distribución jurisprudencial de riesgos en atención a las capacidades económicas del Estado	160
 CAPÍTULO III: CONCLUSIONES	 163
1. A PESAR DE LA EXISTENCIA DE NORMATIVA ESPECÍFICA, FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE ÓRGANOS DEL ESTADO, LA JURISPRUDENCIA POR REGLA GENERAL APLICA LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL	163
2. NO EXISTE UNA POSICIÓN UNÁNIME SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. LA GENERALIDAD DE LOS CASOS RESPONDEN A LA LÓGICA DE LA FALTA DE SERVICIO, SIN PERJUICIO DEL FUNDAMENTO QUE ESGRIMA EL TRIBUNAL	166
3. A PESAR DE LOS MÚLTIPLES INTENTOS LEGISLATIVOS, LOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN PASIVA NO HAN SIDO ZANJADOS POR LA JURISPRUDENCIA	168
4. LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS HA ESTABLECIDO MAYORES Y MEJORES CRITERIOS QUE EN EL CASO DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO	169
5. NO EXISTE UNA TENDENCIA NI UNA EVOLUCIÓN EN LOS CRITERIOS, SIENDO EL JUEZ EL EJE DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	172
 BIBLIOGRAFÍA	 175

ABREVIACIONES

CONSTITUCIÓN: Constitución Política de la República.

CÓDIGO SANITARIO: Decreto con Fuerza de Ley N°725 consagra el Código Sanitario. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, 31 de enero de 1968.

CÓDIGO DE AGUAS: Decreto con Fuerza de Ley N°1.122 consagra el Código de Aguas. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile, 29 de octubre de 1981.

LEY DE CAMINOS: Decreto con Fuerza de Ley N°850 sobre Construcción y Conservación de Caminos. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, 25 de febrero de 1998.

LEY CONCESIONES: Decreto con Fuerza de Ley N°900 de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, 18 de diciembre de 1996.

LEY DEL CONSUMIDOR: Ley N°19.946 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile, 7 de marzo de 1997.

LOC DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN REGIONAL: Ley N°19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, 20 de marzo de 1993.

LGUC: Decreto con Fuerza de Ley N°458 Ley General de Urbanismo y Construcciones. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Santiago, Chile, 18 de diciembre de 1975.

LEY DE PAVIMENTACIÓN URBANA: Ley N°8.946 de Pavimentación Urbana. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, 20 de octubre de 1949.

LEY DE TRÁNSITO: Ley 18.290 de Tránsito. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Santiago, Chile, 7 de febrero de 1984.

LOCBGAE: Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 5 de diciembre de 1986.

LOC MOP: Decreto con Fuerza de Ley N°850 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, 25 de febrero de 1998.

LOC MUNICIPALIDADES/LOM: Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, 31 de marzo de 1988.

MOP: Ministerio de Obras Públicas.

REGLAMENTO CONCESIONES: Decreto Supremo N°956 Reglamento de Concesión de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile, 6 de octubre de 1997.

SERVIÚ: Servicio de Vivienda y Urbanismo.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria trata sobre la normativa, la última tendencia jurisprudencial² y las consecuencias legales del régimen jurídico de responsabilidad patrimonial establecido para los casos de accidentes de particulares causados por desperfectos viales.

Con la expresión desperfectos viales, “aludiremos en este trabajo a los defectos o imperfecciones presentes en calles, caminos u otros lugares destinados al tránsito, ya deriven de su planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación, explotación o señalización. Dichas deficiencias inciden en la producción de un importante número de accidentes..., y pueden generar desde el punto de vista jurídico consecuencias de diversa índole: civiles, incluso penales, administrativas, así como algunas sanciones específicas en materia de concesiones³”.

En primer lugar, veremos los diferentes estatutos normativos aplicables, desde las premisas constitucionales básicas hasta aquellas posiciones legales minoritarias que buscan aplicar estatutos alternativos. Esto se hará desde una perspectiva crítica y no recopilatoria, asociando cada disposición normativa a una doctrina o posición jurisprudencial determinada, y extrayendo conclusiones menores a lo largo del análisis.

Para tales efectos, es preciso tener en consideración las diferentes hipótesis que se evaluaron en la materia y los principales conflictos identificados en cada sección. Así, vemos que dentro de este escenario existen tres principales problemas: (i) quien tiene la legitimación pasiva respecto de las consecuencias patrimoniales de un

² Los fallos aquí analizados datan solamente desde el año 2000 en adelante y solo respecto de casos nacionales relacionados exclusivamente con la responsabilidad estatal por deficiencias viales. Excepcionalmente se hace referencia a sentencias anteriores o a jurisprudencia comparada por su especial relevancia jurídica.

³ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Reparación y Prevención de Daños Derivados de Deficiencias Viales en Chile: Panorama Normativo y Jurisprudencial. En: Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (Valparaíso, 28, 29 y 30 de junio de 2007). Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2007. pp.71-72.

accidente ocasionado por desperfectos viales; (ii) qué tipo de régimen de responsabilidad se le aplicará al responsable, uno de carácter objetivo u otro basado en la culpa o dolo; y, (iii) a cuál de estos regímenes corresponde el criterio de falta de servicio.

En el primer problema, vemos que uno de los principales conflictos que se discuten ante tribunales es precisamente aquel que busca determinar cuál es la legitimación pasiva efectiva en cada caso específico. En efecto, suele ocurrir que la administración de una vía o instalación determinada no corresponda en su totalidad a un ente administrativo, como podrían serlo las Municipalidades, sino que a varios órganos del Estado, e incluso a empresas privadas.

Esto se ve especialmente en el caso de las carreteras concesionadas, donde existe un problema latente de distribución de responsabilidad entre la sociedad concesionaria, el MOP, la Municipalidad y terceros particulares (como los residentes aledaños a la carretera u otros terceros involucrados en el accidente; como ocurre en los casos de arrojamiento de objetos desde pasarelas). No obstante, en el caso de accidentes en vías públicas no concesionadas, la concurrencia de responsabilidades admite además la intervención de empresas de servicios básicos e incluso del Serviú. Asimismo, esta problemática admite una variable incluso a nivel de organización territorial, en atención a las posibles yuxtaposiciones de responsabilidad entre una Municipalidad y el Gobierno Regional correspondiente.

Frente a ello, si bien la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales superiores se ha encargado de este conflicto fallando generalmente en contra de las Municipalidades, se han dado ciertos casos en que se ha preferido no zanjar el tema contribuyendo con ello a la ambigüedad del mismo. Esta ha sido precisamente la tendencia de la doctrina, la cual ha establecido que “el administrado afectado no tendrá el problema de determinar en juicio el verdadero causante del daño, o la proporción de indemnización que corresponda a cada responsable, sino que se dirigirá en contra de quien pueda reparar en forma más conveniente el daño que se le ha ocasionado, ya sea dirigiéndose en contra del tercero, según las normas del Derecho Privado..., o contra la administración, según las normas del Derecho Público..., siendo admisible

concluir que en realidad estamos en la práctica frente a un caso de responsabilidad solidaria⁴.

Cualquiera que sea la legitimación efectiva, lo cierto es que el desarrollo (o la falta de) tanto doctrinal como jurisprudencial, contribuye directamente a la inexactitud de la misma, lo cual puede resultar tanto beneficioso como perjudicial para las potenciales víctimas. Por un lado, otorga cierto margen de apreciación discrecional al juez, lo cual le permite ponderar las posibilidades reales de indemnización por parte de cada involucrado y fallar en contra del más apto. Sin embargo, a la vez resulta confuso no tener una claridad absoluta respecto del responsable directo por cuanto lleva a la indecisión total a la hora de entablar acciones legales, aminorando con ello las posibilidades efectivas de defensa.

En la segunda problemática mencionada, vemos que es posible identificar tres posturas básicas en atención a cuál es el régimen de responsabilidad aplicable: (i) la doctrina de la responsabilidad objetiva que sostiene que el Estado debe responder por toda lesión independiente de la naturaleza o móvil del acto por cuanto el perjuicio per se implica una falta de servicio; (ii) la doctrina de la responsabilidad por culpa en virtud de la cual la responsabilidad se configura solamente si se cumple con un criterio de atribución específico como la falta de servicio; y, (iii) la doctrina que ve en la falta de servicio no un criterio de imputación de uno u otro régimen, sino que un régimen en sí mismo⁵.

Esta multiplicidad de criterios se aprecia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia analizada, e incluso en esta última de manera más extrema haciendo casi imposible determinar cuál es la tendencia mayoritaria. De esta forma, corresponderá a la labor interpretativa del juez determinar el régimen de responsabilidad patrimonial que consagra nuestro ordenamiento jurídico.

⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Responsabilidad del Estado, Falta de servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2006. p.333.

⁵ En este sentido ver: CORDERO VEGA, Luis. Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración. Revista de Derecho Público. Santiago, Chile. (66):371-390. 2004. pp.377-378.

Esta conclusión nos permite establecer que en la mayoría de los casos, las decisiones adoptadas obedecen a criterios arbitrarios por parte de los jueces más que a la aplicación fiel de la normativa pertinente. Esto, más que un juicio de valor respecto de la actividad judicial, lo vemos como una ventana abierta al beneficio directo de los administrados frente a hipótesis de responsabilidad estatal que bordean lo indemnizable al enfrentarse a conceptos de aplicación irrestricta en nuestro ordenamiento jurídico tales como el caso fortuito o la exposición imprudente al daño.

Sin embargo, en lo que sí vemos una tendencia mayoritaria absoluta es en la aplicación de determinados estatutos normativos por sobre otros. Por una parte, existe un sector de la doctrina que busca aplicar “un estatuto constitucional, ajeno absolutamente a la concepción civilista, el cual se fundaría en disposiciones de la Carta Política que tratarían derechamente sobre esta situación, [mientras que] otra corriente afirma que se aplica a este tipo de responsabilidad el derecho común..., que contiene, precisamente, la regulación de la responsabilidad por el hecho ilícito⁶”.

Otro sector ha dicho que el régimen de responsabilidad consagrado en la Constitución no está construido sobre reglas propias. Esto es, no contiene un estatuto original que regule integralmente el derecho de daños cometido por el Estado, o los organismos de la administración pública. La Constitución sólo establecería un régimen de imputación de responsabilidad patrimonial en función de la falta de servicio, y este criterio de imputación funcionaría de forma similar al que posee el estatuto de responsabilidad civil extracontractual del derecho común fundado en la culpa.

No obstante, en el caso de la jurisprudencia, la mayoría de los fallos analizados recurre a las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual para fundamentar sus decisiones en desmedro de, por ejemplo, las de la LOCBGAE o las de la Ley de Tránsito. Esto, si bien no deja de ser discutible, puede ser una consecuencia precisamente de la falta de taxatividad interpretativa por parte del legislador en la materia, y el temor a arrojar conclusiones dispares eventualmente recurribles. Así, suele ocurrir que las demandas se fundamenten en la responsabilidad

⁶ RODRÍGUEZ GREZ. Pablo. Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista Actualidad Jurídica. XII (23). Enero, 2011. p.10.

objetiva/por culpa del estado de carácter extracontractual, en atención a las normas del artículo 2314 y siguientes del Código Civil.

Cualquiera que sea la justificación, lo cierto es que resulta sumamente engorroso conciliar en un análisis estatutos de derecho privado y de derecho público respecto de un mismo organismo, sobre todo cuando la naturaleza de ese organismo, o de la responsabilidad en sí, resulta igualmente ambigua, como en el caso de los accidentes en carreteras concesionadas.

Por último, el tercer problema identificado se refiere al concepto de falta de servicio, transformándolo en un problema en sí mismo más allá del régimen elegido, y es precisamente en este caso donde el análisis toma un vuelco y reconstituye teorías nuevas que buscan solucionar la falta de determinación en la materia, viendo en la falta de servicio no solo un criterio de atribución de responsabilidad sino que un régimen en sí mismo.

Todo este análisis, si bien es mencionado reiterativamente a lo largo del marco normativo, se ve con mayor profundidad y exactitud en el segundo capítulo respecto del marco teórico. En él, identificamos cada uno de los elementos de una hipótesis de responsabilidad frente a un accidente por desperfectos viales, y los analizamos atendiendo tanto a la gama de problemas recién mencionados como a los posibles responsables en cada caso.

Este estudio, igualmente crítico y no recopilatorio, recoge con mayor amplitud los matices que arroja cada caso en particular. Esto se aprecia aún más en el último apartado del capítulo al identificar las principales causales tangenciales que la jurisprudencia considera como relevantes a la hora de establecer la procedencia (o falta de), y el monto de la indemnización correspondiente. Es precisamente en el segundo capítulo en que las clásicas instituciones civiles cobran mayor importancia. Vemos cual es el papel específico que juega el daño moral (que por otro lado es siempre el ejemplo emblemático para analizarlo), y recurrimos a discusiones ya conocidas como el caso de las víctimas por rebote, la responsabilidad por omisión, los problemas de causalidad, la carga de la prueba, o bien como ya se mencionare, el caso fortuito y la exposición imprudente al daño.

En general, este trabajo recurre a diferentes ramas del derecho para hacer un análisis integrado y completo de la responsabilidad patrimonial estatal y privada por desperfectos viales. Esta integración contempla recurrir a teorías tanto constitucionales y civilistas como administrativistas de forma irrestricta, en cuanto busca la fundamentación última de cada criterio y problema identificado. Sin embargo, el enfoque dado privilegia un análisis clásico del derecho común y precisamente logra demostrar como este se introduce en aspectos y materias notoriamente disímiles entre sí tales como la Ley de Tránsito, la Ley del Consumidor o la Ley General de Urbanismo y Construcción.

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO.

1. REGULACIÓN GENERAL MAYORITARIA.

1.1 Constitución Política de la República.

En materia de accidentes por deficiencias viales, la Constitución establece una serie de disposiciones básicas que vienen a consagrar: (i) el derecho específico de las personas vulnerado por la conducta negligente del Estado en materia de accidentes en vías públicas; y, (ii) el derecho a presentar reclamos tendientes a reparar los perjuicios ocasionados por un accidente en una vía pública cuya ocurrencia derive directamente de la negligencia de una repartición pública.

En ambos casos, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha hecho una interpretación extensiva que favorece directamente a las víctimas de un accidente. No obstante, la argumentación utilizada ha resultado, como se verá, generalmente básica y deficientemente desarrollada en atención a tres aspectos: (i) en qué entidad estatal recae la responsabilidad; (ii) cómo se determinan las consecuencias jurídicas y económicas; y, (iii) cuál será la extensión efectiva de las reparaciones.

En este contexto, la principal discusión radica en determinar qué tipo de régimen consagran las disposiciones constitucionales más relevantes en la materia, si uno de carácter objetivo o bien uno basado en la culpa o dolo (régimen que, como veremos, mucha doctrina y jurisprudencia define erróneamente como “subjetivo”). Dentro de esta discusión, veremos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han adoptado ambas posiciones indistintamente, pero que la doctrina ha preferido conciliar los razonamientos en un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado que se refleja a lo largo del ordenamiento jurídico atingente (como por ejemplo la LOCBGAE o la Ley de Tránsito); y, que en ese sentido, la decisión final sobre qué tipo de responsabilidad es la estatal, frente a la ambigüedad legislativa, es de corte eminentemente jurisprudencial y casuístico.

1.1.1 Derechos constitucionales vulnerados con el actuar negligente del Estado. Principio pro-administrado.

Para efectos de determinar cuáles serían los derechos vulnerados por la administración del Estado en materia de desperfectos por accidentes en vías públicas, los tribunales superiores de justicia han recurrido consistentemente al artículo 19 N°1 inciso primero de la Constitución, el cual asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas.

Al respecto, se ha dicho que este derecho corresponde “a un interés que debe ser protegido, de manera que cualquiera acción desplegada por persona o agente alguno que provoque o atente contra esta integridad, constituye un perjuicio y por ende, un daño que el derecho debe restablecer, sea efectiva o alternativamente⁷”. Es más, en el caso en comento, que sanciona a la Municipalidad de Antofagasta por los baches en una vía pública que provocaron la caída y consecuente lesiones en la actora, la Corte de Apelaciones de Antofagasta incluso establece presunciones probatorias a la luz de esta disposición, al concluir que “no es necesaria prueba del daño moral respecto de las graves lesiones sufridas a propósito de una caída en la vía pública..., por cuanto la integridad psíquica del individuo se ha visto afectada, dado el agobio que dicha situación genera; por el contrario, si se quiere desconocer la aflicción psíquica inherente a la situación descrita, es necesario que se acompañe prueba idónea que permita concluir que el actor no ha sufrido daño moral⁸”.

Este razonamiento se ha utilizado asimismo para afirmar que la administración de “los bienes nacionales de uso público no sólo abarca lo relativo al cuidado y conservación de dichos bienes en función de mantener la integridad del patrimonio

⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de noviembre de 2008, Rol N°333-2008 (Considerando 7° y 8°).

⁸ Idem.

público, sino también incluye todo lo que tienda a precaver lesiones en la integridad corporal y daños en la propiedad de las personas⁹.

Es dentro de este deber genérico que se entiende que ciertos servicios públicos tienen la obligación de mantener el tránsito expedito y en condiciones de seguridad para los peatones, o bien fomentar y perfeccionar la señalización adecuada para tal efecto; y, siendo esto así, es que la jurisprudencia ha considerado que, “siendo el propio Estado el que reconoce y garantiza la integridad de la persona humana... se trataría en suma de una responsabilidad constitucional y no meramente civil¹⁰”.

Esta última visión es claramente criticable por cuanto una responsabilidad constitucional “difiere de la responsabilidad civil toda vez que la primera no tiende al castigo de un culpable, sino que sólo busca la reparación del daño ocasionado y que la víctima que lo sufre no está en el deber jurídico de soportarlo¹¹”. De esta forma, coincidimos con la doctrina mayoritaria, la cual se encuentra conteste en identificarla como una responsabilidad de carácter civil, por cuanto la sanción consiste en una indemnización compensatoria del perjuicio que siempre se traduce en un monto de dinero, es una sanción de equivalencia y el procedimiento mediante el cual se establece es de carácter dispositivo en virtud de una acción de carácter personal¹².

⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de octubre de 2008, Rol N°4769-2005 (Considerando 5°). En este caso, se consideró que “acreditado que el actor tropezó con la parte sobresaliente de una baldosa de un paseo peatonal, cayendo al suelo y sufriendo lesiones, tal acontecimiento se ha debido al mal estado de la vía y a la falta de señalización que advirtiera del desperfecto, de lo que sigue que la Municipalidad ha incumplido su obligación de mantener la acera en forma expedita para circulación peatonal y de señalar o hacer señalar su mal estado, advirtiendo el peligro para los usuarios, incumplimiento que constituye falta de servicio” (Considerandos 8°, 9° y 11°). En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

¹⁰ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1768-2007 (Considerando 10°).

¹¹ MORENO MOLINET, Jaime. Responsabilidad por Falta de Servicio de la Administración del Estado a Partir de las Normas del Código Civil: Un paso más Hacia la Unidad del Sistema. Revista La Razón del Derecho [en línea] <[http:// www.larazondelderecho.com/.../Estudio-sobre-argumentacion-jurisprudencial.Jaime-Moreno1.pdf](http://www.larazondelderecho.com/.../Estudio-sobre-argumentacion-jurisprudencial.Jaime-Moreno1.pdf)> [consulta: 13-1-2010].

¹² En este sentido ver: LETELIER WARTENBERG, Raúl. Un Estudio de Efectos de las Características de las Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. Santiago, Chile, (6):63 y ss. abril, 2002; y, ROMÁN CORDERO, Cristián. Responsabilidad Patrimonial de

La Constitución, en definitiva, no contiene un mandato expreso de un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado. Más bien deja ello bajo la regulación de la ley¹³. Así, “el Constituyente ha sido cuidadoso en señalar que la contravención al Principio de Juridicidad no da lugar a una responsabilidad en particular (política, penal, disciplinaria, civil) sino aquellas que la ley determine o señale. Si el mismo texto constitucional comete al legislador el señalar cuándo y cómo se generará la responsabilidad civil en estos casos, ¿con cuánta mayor razón no habrá que convenir que la regulación específica de esa responsabilidad es también materia de ley?¹⁴”.

Por otro lado, esta disposición constitucional no solo es recurrente a la hora de establecer una responsabilidad administrativa ex post en materia de accidentes en vías públicas. En efecto, se ha acudido igualmente a ella a fin de construir una obligación ex ante que permita precisamente evitar futuros accidentes. En ese sentido, en el caso “Viera Gutiérrez, Mariana con Director Regional de Vialidad de la Región Metropolitana”, la recurrente entabló un Recurso de Protección frente a la amenaza que representaba un cartel de publicidad ubicado en una construcción colindante con una línea férrea que sobrepasaba las dimensiones permitidas por la legislación pertinente, lo cual representaba un peligro seguro para los peatones frente a un posible colapso de la estructura. A raíz de ello, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió el recurso, señalando que “la ilegalidad y arbitrariedad consiste en que la recurrida habiendo tomado conocimiento de la existencia de dicho letrero publicitario y a sabiendas que el avisador carece de permisos y que está instalado a escasos metros de un cruce de la línea férrea, no ha actuado en consecuencia efectuando el retiro inmediato del citado letrero y de la estructura que lo soporta, afectando con ello la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°1 de la Constitución¹⁵”.

la Administración del Estado y de su concesionario Vial, Frente al Usuario Lesionado. [en línea] <<http://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0632/.../255912>>. [consulta: 13-1-2010].

¹³ En ese sentido: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit. p.16.

¹⁴ CORRAL TALCIANI, Hernan. La Responsabilidad de los órganos del Estado ¿Régimen Constitucional o Régimen Civil? Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes. Santiago, Chile. (7):21-46. 2003. p.29.

¹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de mayo de 2009, Rol N°48-2009.

A la luz de los casos analizados, vemos que recurrir a este artículo encuentra su fundamento en los artículos 1 y 5¹⁶ del mismo cuerpo legal, de esta forma que es posible afirmar que “la Constitución privilegia los derechos esenciales de la persona humana sobre las prerrogativas o potestades del Poder Público, haciendo realidad el principio servicial del Estado respecto del individuo y no al revés¹⁷”. Esto es lo que se conoce como principio de prevalencia o respeto de los derechos fundamentales, o principio pro-administrado, y dependiendo del régimen de responsabilidad con que se catalogue la responsabilidad estatal será el enfoque que tendrá en su aplicación en materia de responsabilidad por desperfectos viales.

En efecto, “un régimen de responsabilidad subjetiva implica que frente a una actuación de la administración (realización de obras públicas por orden municipal en una calle sin las medidas de seguridad adecuadas) y un derecho invocado por el administrado-víctima (derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le causaron debido a dichas obras, como por ejemplo, caída de un material de construcción sobre su automóvil) prevalece la prerrogativa de la administración (en cuanto le exige a la víctima la prueba de la supuesta negligencia..., ya sea una culpa de sus funcionarios o al menos una culpa anónima) inclinándose de este modo la balanza a favor del Estado y en desmedro de la víctima.

En cambio, en un régimen de responsabilidad objetiva, en que la víctima se limita a acreditar el daño (destrucción de su automóvil) y la relación de causalidad (caída de un material de la construcción proveniente de la realización de obras públicas

¹⁶ “La primacía de la persona humana, el deber del Estado de servirla y alcanzar el bien común, el carácter republicano y democrático de nuestras instituciones políticas, la naturaleza humana como límite a la soberanía, el derecho a la integridad psíquica y física de la persona, el derecho de propiedad, y los principios de igualdad y legalidad, se han proclamado como los fundamentos constitucionales más relevantes para afirmar el deber que tiene el Estado de responder por los daños que causa en su actuación u omisión”. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. La Responsabilidad de las Municipalidades a la Luz de la Última Jurisprudencia. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes. Santiago, Chile. (7):47-108. 2003. p.50.

¹⁷ RAMOS PAZOS, René. De la Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing. 2009. pp.108-109. En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 11 de noviembre de 2008, Rol N°7109-2007; y, Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

decretadas...), el peso de la exoneración de responsabilidad queda a cargo del Estado. Lo anterior, significa hacer prevalecer... el derecho del administrado por sobre la actuación del Estado¹⁸”.

Esto podría llevar a afirmar inicialmente una predilección por un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo, nuestro ordenamiento jurídico no solo hace que la distinción de un régimen predilecto sea imposible, sino que las mismas ventajas y desventajas de cada uno sean absolutamente difusas dejando nuevamente la determinación del criterio en manos de la jurisprudencia, y en atención a las especiales circunstancias de cada caso.

1.1.2 Fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

1.1.2.1 Teoría del Órgano.

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución establece que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño. Este artículo se complementa con los artículos 6 y 7 del mismo cuerpo legal, los cuales consagran el principio de legalidad de los órganos del Estado compeliéndolos a actuar dentro del marco de sus atribuciones.

Sobre este artículo, la jurisprudencia ha dicho que su importancia radica en la consagración de “la existencia del Estado de Derecho y la consiguiente responsabilidad patrimonial del Estado y de sus organismos... [estableciendo] el principio básico y primario de admitir que el Estado sea imputable de responsabilidad por daño¹⁹”.

¹⁸ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. pp.173-174.

¹⁹ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007. En este sentido ver también: Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996, Rol N°245 y 246 (acumulados).

En el caso citado (accidente por pastelón de cemento levantado producto de las raíces de un árbol que se encontraba situado frente a la puerta de entrada del hogar del demandante), se condena a la Municipalidad de Los Ángeles bajo este principio, estableciendo la Corte Suprema que “del examen de los artículos 6º y 38 de la Carta Fundamental y 4º y 42 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado, se concluye que la responsabilidad del Estado opera aun cuando no haya culpa de algún funcionario o del servicio.

Si bien, no está claro si la naturaleza de esta responsabilidad es objetiva o subjetiva..., queda claro que estos organismos deben responder por los daños que sufran las personas con motivo de accidentes derivados del mal estado de las aceras de las vías públicas, responsabilidad que no se ve afectada porque otros servicios tengan a su cargo la conservación, reparación y reposición de los pavimentos en áreas urbanas²⁰. Se instauraría así un estatuto general de responsabilidad del Estado y de sus organismos, cuando por su acción u omisión se lesionen injustificadamente los derechos de las personas²¹, operando este estatuto incluso a falta de culpa de algún funcionario o del servicio²².

El fundamento doctrinario de este régimen de responsabilidad se remite a la Teoría del Órgano, la cual señala que “las consecuencias derivadas de la actuación irregular de un funcionario, como los daños que se causen a terceros con ocasión de aquellos, originan responsabilidad administrativa, la que se determinará conforme al procedimiento disciplinario y, además, comprometen la responsabilidad civil y penal del agente, sin que sea necesario probar los móviles psicológicos de su conducta²³”.

²⁰ Ibid (Considerando 5º, Sentencia Corte de Apelaciones).

²¹ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, 19 de agosto de 2009, Rol N°220-2009; Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005; y, Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

²² En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de septiembre de 2007, Rol N°1688-2006.

²³ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerandos 22º y 24º, Sentencia Primera Instancia). En este caso, se condena a la Municipalidad de Calama, estableciéndose que “acreditado el estado de abandono de los juegos infantiles, la Municipalidad incurre en falta de servicio por no mantener, cuidar y preservar dichos juegos después de haberlos instalado, incumpliendo su deber de

Para algunos, esta teoría resulta importante por cuanto da “origen a un sistema integral y cohesionado, con trascendental importancia tutelar o protectora con relación a los administrados. En efecto, para esta teoría las consecuencias derivadas de la actuación irregular de un funcionario, y de los daños causados a terceros, dan lugar a la puesta en movimiento de la responsabilidad administrativa, que será determinada conforme al procedimiento disciplinario respectivo y compromete la responsabilidad civil y penal del agente, sin que se vean constreñidos a desentrañar y a probar los móviles psicológicos de la conducta del agente, esto es, las faltas o arbitrariedades u omisiones cometidas por el funcionario público hace responsable directamente a la administración frente a los administrados²⁴”.

Sin embargo, a pesar de esta fundamentación, la consagración de este régimen no implica necesariamente el establecimiento de un criterio de atribución de responsabilidad específico en la materia. Para algunos, la falta de claridad o la omisión de una distinción tajante por parte tanto del citado artículo 38 inciso segundo, como de los artículos 6 y 7 de la Constitución, puede ser interpretado precisamente como una alusión al régimen general de responsabilidad subjetiva.

Al respecto, se ha dicho que “los artículos 6 y 7 de la Constitución... consagran el principio de legalidad de los órganos del Estado, pero no hacen calificación alguna en cuanto a la clase de responsabilidad, en orden a si es objetiva o subjetiva²⁵, ¿por qué -entonces- habría que considerarla objetiva? ¿Por qué no subjetiva que es la regla

administrar correctamente los bienes nacionales de uso público, generándose responsabilidad extracontractual, la que ha nacido de la desatención que fomentó el riesgo y el daño subsiguiente, que fue la muerte de un menor que recibió el impacto de la caída de una estructura” (Considerandos 9º, 20º y 21º, Sentencia Primera Instancia y 9º y 10º, Sentencia Corte de Apelaciones). Este caso, si bien no recoge propiamente tal la responsabilidad de la Municipalidad por mantención, fiscalización o señalización vial, resulta igualmente relevante al tratarse de uno de los casos límite en que las Municipalidades buscan eximirse de responsabilidad arguyendo que la porción de terreno no se encontraría bajo su tuición, o bien no sería de carácter fiscal. Esta misma situación ocurre en el caso de las pasarelas en los accidentes en autopistas concesionadas o de los terrenos aledaños a ellas. Por ende, la argumentación aquí dada por el tribunal sería igualmente aplicable a la hipótesis que nos interesa.

²⁴ Idem.

²⁵ Si bien la jurisprudencia ha sido mayoritaria en cuanto a contraponer la responsabilidad subjetiva a la objetiva o estricta, la doctrina es conteste en cuanto a que corresponde llamarla responsabilidad por culpa.

general de nuestro sistema jurídico? El artículo 38 inciso segundo de la Constitución consagra una norma de competencia, pero no efectúa ninguna calificación de la responsabilidad del Estado o de sus organismos o de las Municipalidades. Solo reconoce el derecho a reclamar ante los tribunales a cualquier persona que sea lesionada de sus derechos²⁶.

En este mismo sentido, la doctrina ha dicho que “si bien está fuera de discusión que la responsabilidad del Estado está reconocida por la Constitución, no es posible inferir de las normas constitucionales el régimen jurídico concreto que la rige. Si la Constitución pretendiera establecer un régimen concreto de responsabilidad, tendría que hacerlo por medio de una norma expresa (como lo hace en el artículo 19 N°7 letra i, respecto de la responsabilidad por actuaciones judiciales).

De igual forma, los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución son demasiado generales, como es usual en los preceptos constitucionales, para inferir de ellos un sistema concreto de responsabilidad. Y si bien es cierto que el artículo 38 no establece las condiciones para hacer valer la responsabilidad, ello se explica precisamente por su propósito de establecer un régimen de acciones eficiente, que permite a cualquiera persona reclamar contra los actos de la administración, sin que de ello se siga el propósito de definir el régimen jurídico en concreto”²⁷.

Con todo, se han dado un par de casos en que se ha dicho que “la responsabilidad del Estado en nuestro país está prevista y consagrada de modo genérico para todos los órganos del Estado en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental²⁸ y de modo específico para todos los órganos administrativos por varias

²⁶ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007 (Considerando 2°).

²⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. p.492.

²⁸ Según sus defensores, esta tesis también tendría sustento en las actas constitucionales de las cuales podría inferirse una “clara concepción iusnaturalista y republicana de la Constitución de 1980, que permitiría arrojar una nueva luz para interpretar el Artículo 38 [32] de la constitución, reconociendo, sin embargo, que existe una clara contradicción entre esa interpretación y las normas de los Artículos 44 (hoy 42) de la Ley de Bases y 83 (hoy 141) de la Ley de Municipalidades (Ibid, p.491).

notas que la hacen diferenciarse de los otros tipos de responsabilidad²⁹”. “Así se explica que se trata de una responsabilidad de una persona jurídica estatal, [y] de allí que no sea aplicable a ella toda la estructura subjetiva con que se ha organizado tanto la responsabilidad civil, penal o disciplinaria sobre la base de la culpa o el dolo, y por lo tanto, no puede serle aplicada la regulación normativa civilista o penal o disciplinaria³⁰”.

Con todo, los argumentos anteriores, más que permitir la adopción de conclusiones, solo evidencian “las dificultades de la aplicación directa de la Constitución en materias de responsabilidad patrimonial³¹”, y dejan entrever que “el contenido de esa norma... es más bien procesal que sustancial³²”.

En general, solo es posible afirmar que el “artículo 38 inciso segundo no es un precepto sustantivo de responsabilidad del Estado sino que es una norma de competencia para determinar el tribunal que debe conocer del contencioso-administrativo y no de una acción de responsabilidad³³”. Es más, admitir que esta disposición consagra expresamente un régimen determinado, implicaría la declaración de inconstitucionalidad de otras disposiciones de rango inferior que podrían inducir a la consagración de un régimen opuesto, como por ejemplo el artículo 42 de la LOCBGAE que analizaremos más adelante.

1.1.2.2 Principio de Legalidad.

²⁹ Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006 (Considerando 1°). En el caso citado, se demanda a la Dirección de Vialidad por accidentes en la carretera debido a la existencia de grietas en ella. Sin embargo, esta es absuelta, por cuanto la Corte Suprema consideró que “no puede imputarse a la Dirección de Vialidad ningún mal funcionamiento cuando la vía se encontraba perfectamente señalizada de su estado real y advertía las precauciones que debían tomar los conductores. Habiéndose acreditado que estaba debidamente avisada la existencia del desperfecto en la carretera, con motivo del cual se produjo el accidente, queda excluida la responsabilidad civil del Estado” no configurándose por ende la falta de servicio (Considerando 13°).

³⁰ SOTO-KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1996. p.309.

³¹ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., p.491

³² Ibid, p.492.

³³ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit., p.133. En el mismo sentido ver: BARROS BOURIE, Enrique. Op.Cit., p.492.

Por otro lado, los artículos 6 y 7 de la Constitución ya citados, complementan y cierran el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado al consagrar el Principio de Legalidad o de Juridicidad. Al respecto, la jurisprudencia en materia de responsabilidad por desperfectos viales ha dicho que los órganos de la administración del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella obligando sus preceptos tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo, de suerte que su infracción generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley³⁴”.

De la misma forma, ha determinado que “los órganos del Estado deben regirse por el Principio de Legalidad y a su vez cada uno de estos deben actuar dentro de su respectiva esfera de competencia, quedando obligados a responder frente al reclamo de cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por el actuar de la administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades³⁵”.

En el caso específico de las Municipalidades se ha establecido que estas “si bien son entes públicos autónomos y descentralizados encargados de la administración local de cada comuna o agrupación de comunas... ellas están insertas dentro de la administración del Estado en un todo armónico, de manera que su accionar frente a los particulares, no es más que la manifestación de una de las variadas formas en que el Estado de Chile se relaciona con sus habitantes, tanto en el ejercicio de la autoridad que emana de sus potestades administrativas, como asimismo respecto de las responsabilidades que pueden generarse por el actuar de los órganos que lo integran a la luz de lo prevenido en el artículo 6 de la Constitución³⁶”. De igual manera, la doctrina ha dicho que “el Estado responde por la culpa infraccional de sus

³⁴ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007. En este sentido ver también: Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de septiembre de 2007, Rol N°1688-2006.

³⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de noviembre de 2003, Rol N°432-2001. En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008; y, Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

³⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 21 de noviembre de 2007, Rol N°61837-2002 (Considerando 1°).

órganos, si éstos actúan en contravención a las disposiciones de la ley o de la Constitución.

En verdad, toda la actuación de la administración está sujeta a la ley, de conformidad con esas disposiciones constitucionales, de modo que genéricamente toda responsabilidad de los órganos públicos tiene por antecedente el incumplimiento de un deber legal. Sin embargo, el legislador se limita usualmente a reseñar las competencias de los órganos del Estado, sin especificar sus deberes concretos, de modo que, por lo general, esta determinación en concreto corresponde al juez³⁷.

Esta idea, además de ser un argumento jurisprudencial básico, se encuentra recogida en toda la legislación pertinente en materia de responsabilidad de la administración del Estado; responsabilidad que no contempla exclusivamente un aspecto jurídico, sino que también uno material, como ocurre precisamente con la responsabilidad fiscal y municipal por el mal estado de las vías públicas o por la falta o inadecuada señalización de las mismas.

1.2 Código Civil.

1.2.1 Aplicación general.

La normativa del Código Civil ha sido ampliamente aplicada a las hipótesis de accidentes en vías públicas ya sea que la demandada sea una Municipalidad o un servicio público genérico, una sociedad concesionaria o terceros particulares. Esto, por cuanto en general, “la jurisprudencia superior ha asumido que las reglas sobre responsabilidad civil se aplican supletoriamente en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. En circunstancias que las normas de derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de la administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual³⁸”.

³⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Op.Cit., p.503.

³⁸ BARROS BOURIE, Enrique. Op.Cit., p.501.

Sin embargo, específicamente en el caso de las Municipalidades, se ha dado un debate fundamental en atención a si es procedente a o no aplicar el estatuto de derecho privado a una corporación de derecho público. En efecto, en algunos casos se ha establecido que “cuando los daños provienen de las actividades de un órgano del Estado, no tienen cabida las normas del Código Civil, o sea, se sanciona por la falta de servicio o por la normativa del Código indicado³⁹”.

De igual forma, “debe entenderse que el concepto jurídico falta de servicio dice relación directa con el actuar del Estado y las Municipalidades y en cuanto dicho actuar causa daño a los particulares, de tal manera que no puede aplicarse aquí la tesis de la responsabilidad extracontractual contenida en el Código Civil, pues ello implicaría buscar un planteamiento jurídico basado en las disposiciones legales que son total y absolutamente distintas no sólo en su origen sino que también en su propósito o fin⁴⁰”. Así, la doctrina parece considerar que dado que el Derecho Municipal es parte del Derecho Público, la supletoriedad normativa en su caso debería remitirse al Derecho Administrativo y no al Derecho Civil.

³⁹ Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000 (Considerando 7). “El fallo recurrido deja sentado como hecho de la causa que la muerte del cónyuge de la actora fue causada por la existencia de una obra que obstruía el tránsito de vehículos, la que no estaba señalizada ni contaba con elementos que permitieran eludirla, de manera tal que la Municipalidad demandada incurrió en responsabilidad al incumplir sus funciones legales, generando un riesgo previsible y evitable con mediana diligencia y cuidado. Ahora bien, la posible culpa de la víctima, dado el hecho que éste habría transgredido la copiosa normativa de tránsito, no exime la responsabilidad de la Municipalidad ya descrita, más bien se confirma la hipótesis de culpa compartida, al concurrir falta de servicio, por parte de la autoridad edilicia, y negligencia o imprudencia por el lado de la víctima. Este último elemento fue considerado, por lo demás, en sede de apelación a fin de reducir el monto de la indemnización de perjuicios por daño moral, conforme lo previsto en el Artículo 2.330 del Código Civil”. Con ello, finalmente la Corte Suprema aplica en la materia las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio que no se pronuncia sobre la discusión, señalando que “en cuanto a la circunstancia hecha notar por el recurso en orden a que según la jurisprudencia de esta Corte, cuando concurre falta de servicio de algún órgano estatal no pueden aplicarse las normas sobre responsabilidad del Código Civil, cabe replicar a ello que dicha circunstancia, aun de ser efectiva, no puede fundamentar un recurso de casación, cuya única base de procedencia es la infracción de ley y no de otras normas, incluida la doctrina que pueda emanar de las sentencias de determinado órgano jurisdiccional” (Considerando 15°).

⁴⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 96(2), sección 5ª. 1999. p.59.

No obstante, como veremos a continuación, esta conclusión es una posición minoritaria en nuestros tribunales por cuanto la mayoría de la jurisprudencia en materia de accidentes por desperfectos en vías públicas recurre a las normas del Código Civil para sustentar sus razonamientos. Este criterio, que se caracteriza fundamentalmente por la aplicación tanto del concepto de responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320 del Código Civil, como por el hecho propio del artículo 2329, no ve una diferencia sustancial entre lo señalado en el Título XXV del Libro IV del Código Civil y la responsabilidad que cabe al funcionario de un órgano de la administración del Estado que ha causado un daño en el ejercicio de sus funciones.

Con todo, debemos mencionar que existen otras dos corrientes minoritarias que aplican las disposiciones del Código Civil de forma condicionada. Una de ellas considera la aplicabilidad del Derecho Común podrá darse siempre y cuando: “(i) no exista norma de Derecho Público que regule un aspecto que sí regula el Código Civil; [y], (ii) que esta norma del Código Civil no pugne o no sea incompatible con una norma constitucional o de Derecho Público o con un principio general de Derecho Público⁴¹”.

La otra teoría, recogida en algunos casos por la jurisprudencia, considera que la aplicación de las disposiciones del Código Civil se da en virtud de lo establecido por el artículo 21 inciso segundo⁴² de la LOCBGAE, el cual salva de la aplicación del régimen consagrado en el artículo 42 de la misma ley a una serie de órganos administrativos, siendo necesario recurrir a un régimen normativo subsidiario para aquellos casos desprovistos de regulación, tal como es el caso del régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil.

1.2.2 Presunción de culpabilidad por el hecho propio. Aplicación del artículo 2329 del Código Civil.

⁴¹ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit., p.113.

⁴² Artículo 21 inciso segundo de la LOCBAGE: Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

El artículo 2329 del Código Civil consagra lo que se conoce como presunción de culpabilidad por el hecho propio al establecer que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, enumerando a continuación una serie de casos en que esa presunción tiene lugar.

La aplicación de esta disposición a la responsabilidad del Estado por desperfectos viales nos remite a una serie de discusiones, a saber: (i) ¿cuál es la compatibilidad de esta norma frente al criterio de falta de servicio consagrado en la legislación especializada?; (ii) ¿de qué forma podemos interpretar la enumeración establecida en esta disposición?; y, (iii) ¿qué régimen de responsabilidad consagra?

En la primera discusión identificada, vemos que la aplicación de esta disposición a la responsabilidad patrimonial del Estado no ha sido necesariamente interpretada como una forma de escapar a la lógica de la falta de servicio, sino que ha sido aceptada por algunos sectores de la doctrina, y principalmente por la jurisprudencia, como una aplicación directa de este criterio más allá de lo establecido en los artículos 42 de la LOCBGAE o 38 inciso segundo de la Constitución. Es más, existen ciertos sectores que han considerado al artículo 2329 y al 2314⁴³ como su fundamento legal más próximo⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶. En efecto, se ha dicho que la presunción de falta

⁴³ En el caso del Artículo 2314 del Código Civil, la doctrina ha determinado que “en nuestro derecho las personas jurídicas, y el Estado es una persona jurídica, son capaces de delito o cuasidelito civil, y en virtud de ese principio están obligadas a indemnizar por los daños que causen con dolo o culpa” (CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Segunda Edición. Santiago, Chile. AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010. p.62.).

⁴⁴ En este sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 2008, Rol N°1853-2006.; Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000; Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2009, Rol N°10202-2006; Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005; Sentencia Corte Suprema, 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003; Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007; Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000; Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004; Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005; Sentencia Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005, Rol N°2655-2005; y, Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

de servicio “es análoga a la presunción de culpa por el hecho propio prevista en el artículo 2329 del Código Civil. La falta de servicio se tendrá por presunta en la medida que el mal estado de la vía y la falta de una adecuada señalización amenacen un daño intenso, que según la experiencia en la generalidad de los casos se deberá a un defecto del servicio que no responde a las expectativas del público⁴⁷”.

En el segundo problema, la enumeración que hace el artículo 2329 ha sido objeto de una serie de interpretaciones en cuanto a su significado y taxatividad, y específicamente en relación a la responsabilidad por accidentes en vías públicas, la jurisprudencia ha interpretado esta disposición de manera amplia estableciendo que su enumeración de casos solo es ejemplificativa y no exclusiva, y por ende plenamente aplicable a hipótesis de accidentes donde el descuido por parte de los órganos de la administración del Estado o de los funcionarios de las carreteras concesionadas es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente por tratarse de hechos que provienen ordinariamente de negligencia⁴⁸.

⁴⁵ Esta responsabilidad encontraría su fuente asimismo en el Artículo 2284 del Código Civil y en la misma definición del concepto de responsabilidad que da la doctrina cual es “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p.11.).

⁴⁶ De todas formas, hay quienes ven una obvia contradicción entre aplicar los Artículos 2329 y 2314 y el criterio de falta de servicio al mismo tiempo. Excepcionalmente se ha negado la acción en este caso, por una contradicción en función de lo establecido en el Artículo 17 del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

⁴⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., p.740.

⁴⁸ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000. En este caso se señaló que “la mantención del forado en que acaeció el accidente de la demandante, sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia. Procediendo, entonces, aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil, desde que este precepto no sólo cabe aplicarlo a los tres casos que enumera, dándose la relación causal existente entre aquella y el daño provocado a la actora; presunción que la demandada no ha contradicho probando, como procesalmente le correspondía, alguna causal de irresponsabilidad” (Considerando 11°).

Así, siendo que tan solo bastaría probar la relación de causalidad para dar por acreditada la hipótesis de la presunción⁴⁹, vemos que respecto del tercer problema esta visión genera un argumento claro a favor de un régimen de responsabilidad objetiva. Pese a ello, la jurisprudencia especializada en accidentes viales, al aplicar este artículo, se ha caracterizado por enmarcar a la responsabilidad de la administración dentro de un régimen de responsabilidad por culpa. En efecto, se ha dicho que su aplicabilidad se da por cuanto “el sistema de falta de servicio es un modelo de responsabilidad directa y por culpa de la administración, al cual... son aplicables las disposiciones dadas para los delitos y cuasidelitos⁵⁰⁻⁵¹”.

A modo ejemplar, la Corte Suprema ha determinado que “el hecho de no haber mantenido cubierto el desnivel en que acaeció el accidente sufrido por la demandante, sin resguardo ni señalización, es una circunstancia que por su naturaleza es susceptible de atribuirse, a lo menos, a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas en los peatones y, por ende, denota culpabilidad del autor, o sea, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia, por lo que en la especie se debe aplicar la presunción de culpabilidad que contempla el artículo 2329 del Código Civil, toda vez que este precepto no sólo es aplicable a los tres casos que enumera, los que están mencionados sólo a vía ejemplar y sin excluir otra situación⁵²”.

En conclusión, frente a lo ambiguo que puede resultar determinar cuál es el régimen y/o criterio de responsabilidad de la administración por el mal estado de las vías públicas en los casos no consagrados expresamente en nuestra legislación, los tribunales superiores de justicia han optado por recurrir a una fundamentación legal residual, amparándose en las normas de la presunción por el hecho propio e identificándola mayormente con un régimen de responsabilidad por culpa. La doctrina ha ratificado esta visión diciendo que “la responsabilidad por culpa, que es el régimen ordinario de responsabilidad administrativa en muchos sistemas jurídicos

⁴⁹ En este sentido: *Idem*.

⁵⁰ MORENO MOLINET, Jaime. *Op. Cit.*, [en línea] 13-1-2010.

⁵¹ En este sentido también: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *Op. Cit.*, p.75 y ss.

⁵² Sentencia Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006.

desarrollados, tiene en el derecho chileno una función residual. Al menos respecto de las actividades de la administración que sean homologables a las realizadas por los sujetos privados⁵³.

No obstante, cabe hacer notar que “aún prescindiendo de la presunción de responsabilidad por el hecho propio que consagra el artículo 2329 del Código Civil, de todas formas se llega, en la especie, a la conclusión de la responsabilidad ... por los perjuicios..., como quiera que según el antiguo texto de la Ley de Tránsito N° 18.290, hoy inciso quinto del artículo 174 de la misma, 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 señalización (o de su falta o inadecuada señalización conforme al texto actual)⁵⁴”.

Como conclusión preliminar, podemos decir que en general la aplicación de este artículo se forja frente a la búsqueda de un régimen subsidiario para aquellos casos que quedan fuera de la aplicación de la norma específica del artículo 42 de la LOCBAGE. De esta forma, al equiparar las diferentes hipótesis de accidentes en vías públicas a cuasidelitos civiles, y consiguientemente haciendo aplicable a esta materia la presunción de responsabilidad por el hecho propio, la jurisprudencia ha encontrado una fundamentación residual habitualmente aceptada e indiscutida que asigna el riesgo y las consecuencias del accidente a la demandada en beneficio de la víctima⁵⁵.

⁵³ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., p.485.

⁵⁴ Sentencia Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006 (Considerando 5°). En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000. Este último fallo señala que “cabe acotar que aun prescindiendo de la presunción de responsabilidad por el hecho propio que se consagra en el artículo 2329 del Código Civil, de todas maneras se llega a ella por aplicación del inciso quinto del Artículo 174 de la ley N° 18.290, Ley de Tránsito.... Lo anterior concuerda con lo dispuesto en el artículo 137 de la ley N° 18.695, que establece en su inciso 1° que las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio, norma que está en consonancia con el Artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República y con el Artículo 44 inciso 1° de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado” (Considerandos 11°, 12° y 13°).

⁵⁵ La posición contraria en materia de accidentes por el mal estado de las vías señala que “esta idea sería únicamente aceptable aplicando la integración del derecho... en caso de vacío de la normativa del Derecho Público sobre la materia y siempre que fuera compatible con principios de Derecho Público”.

Ante la ausencia de una ley autónoma que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, no parece dudoso que la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado quede entregada a normas legales tales: la LOCBAGE y complementariamente las generales sobre responsabilidad extracontractual del título XXXV del Libro IV del Código Civil⁵⁶.

1.2.3 Responsabilidad por el hecho ajeno como fundamento de la responsabilidad de las Municipalidades y Empresas de Servicios Básicos⁵⁷.

El artículo 2320 del Código Civil establece que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino también del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Esta disposición, al aplicarse a accidentes por deficiencias en vías públicas, genera una serie de cuestionamientos que han sido debatidos principalmente por nuestra jurisprudencia, tales como: (i) ¿cómo interpretamos el concepto de deber de vigilancia en materia de accidentes por desperfectos viales?; (ii) ¿cómo se aplica el artículo 2322 del Código Civil, íntimamente relacionado, a casos de subcontratación; y, (iii) ¿cuáles son los problemas de legitimación pasiva que emanan de ello?

1.2.3.1 Concepto de deber de vigilancia.

Principios tales como: (i) Principio de la servicialidad del Estado; (ii) Principio de respeto a los derechos fundamentales o principio pro-administrado; (iii) Principio de igualdad ante las cargas públicas; y, (iv) Principio de juridicidad o legalidad. HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit., p.139.

⁵⁶ En ese sentido: Idem.

⁵⁷ La responsabilidad por el hecho ajeno “suele adquirir relevancia en el contexto de actividades empresarialmente organizadas. En la práctica, es frecuente que el empresario utilice vehículos de transporte o carga que son operados por sus trabajadores para el cumplimiento de sus funciones. El estatuto de responsabilidad del empresario suele resultar plenamente aplicable en estos casos. El empresario puede resultar responsable tanto por su hecho propio, como por su culpa en el hecho ajeno” (BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., p.738). Esta lógica ha sido jurisprudencialmente aplicada principalmente a los funcionarios municipales.

En el primer caso, vemos que esta norma “establece un principio general de responsabilidad en dos sentidos, uno, porque se aplica genéricamente a todas las relaciones de dependencia o cuidado, de modo que las situaciones específicas referidas en los demás incisos de ella son meramente ejemplares, y dos, porque establecida la relación de dependencia o cuidado de quien realiza un acto ilícito, se presume la culpabilidad de quienes deben ejercer ese cuidado, de modo que sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad si logran probar que con la autoridad y el cuidado que la respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho, como lo previene su inciso final⁵⁸”.

En el caso citado, el actor demanda a la empresa Essan S.A. y subsidiariamente a la Municipalidad de Calama por haberse precipitado intempestivamente a una cámara subterránea que se encontraba abierta, sin señalización y/o acordonamiento alguno. Frente a ello, junto con establecer la responsabilidad requerida, el tribunal además establece lineamientos básicos para interpretar este artículo al señalar que “en el derecho nacional la responsabilidad por el hecho ajeno está sujeta a los siguientes principios: a) por regla general, el hecho de quien está bajo dependencia o cuidado de otro hace a éste último responsable; b) la ley contempla una presunción general de responsabilidad a favor de la víctima, por eso, probada la culpa del autor del daño, se presume la culpabilidad de su guardián. En consecuencia, se trata de una presunción de culpabilidad por el hecho propio en el cumplimiento de los deberes de vigilancia, organización o cuidado; [y,] c) la responsabilidad por el hecho ajeno supone dos cuasidelitos civiles, el de la persona que se encuentra bajo la dependencia o cuidado de otro y que en consecuencia debe ser un sujeto capaz, según las reglas generales, y el de su guardián, que consiste en no impedir el hecho⁵⁹”.

⁵⁸ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007 (Considerando 5°).

⁵⁹ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007 (Considerando 5°). En este caso, se adujo que “los trabajadores mencionados son responsables personal y solidariamente de los hechos imprudentes y/o negligentes que realicen conforme a las órdenes que les imparta su empleador. Por su parte, Essan S.A., es responsable al elegir a una empresa sin la dotación suficientemente instruida en las normas más básicas de seguridad, aquellas que a cualquier persona se le ocurriría adoptar para evitar accidentes. De manera tal que, Essan S.A. responde solidariamente, por su responsabilidad in

Con todo, si bien recurrir a esta hipótesis de responsabilidad resulta relevante por cuanto se sustenta en el deber de vigilancia que debe existir en una relación de subordinación y dependencia, como se verá, exigir ese deber de vigilancia de forma inexcusable resulta desmedido en atención a las circunstancias especiales que presentan los casos de perjuicios por desperfectos viales. Sin perjuicio de ello, la tendencia jurisprudencial recae en no admitir justificaciones que puedan aminorar el nivel de exigencia, sino más bien extenderlo hasta casos que resultan cotidianamente imposibles.

iligiendo e in vigilando, por cuanto, además de haber procedido a elegir incorrectamente la empresa en que delega sus funciones de reparación y mantenimiento de las cámaras, jamás deja de estar obligada de vigilar la correcta ejecución de cada uno de dichos trabajos. Finalmente, la I. Municipalidad de Calama es responsable siempre, por cuanto es su deber legal el mantener en buenas condiciones aceras y calzadas en que transitan peatones de manera de evitar accidentes; por ello, al estar entregada por ley dicha labor administrativa de conservación, no puede eximirse de su deber de vigilancia permanente de que se cumplan todas y cada una de las acciones tendientes a evitar accidentes, como en la especie, que una cámara se encuentre abierta sin protección o señalética circundante". Para tales efectos, se invocó además el Artículo 26 de la LOC de Municipalidades que dispone la obligación del Municipio de señalizar adecuadamente las vías públicas; y, el Artículo 9 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios, que señala que las concesiones para establecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por las respectivas Municipalidades cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien nacional de uso público. Además, indicó que "conforme a la norma citada, además de ser obligatorio a la Municipalidad de Calama el disponer la forma en que la intervención de Essan S.A. se desarrolle en los bienes nacionales de uso público, que importa una vinculación directa con dicha Corporación, la ley dispone la asunción del riesgo a esta concesionaria por dichas obras, ejecutadas a su costo y beneficio propio (el lucro de la explotación del giro "agua potable), en tanto dichas obras deben ser realizadas con el debido celo, precisamente para evitar la afectación del "normal uso del bien nacional de uso público, como es, el tránsito peatonal. En consecuencia, los hechos que se realizaron por cuenta de esta empresa, por sí o a través de sub contratistas delegados para dichas funciones, habilitan para demandar en tanto falló la vigilancia o la elección en o de dichos sub contratistas". Por último, señaló que la norma que en el derecho común importa reconocimiento expreso de la responsabilidad del amo (empresa) por los hechos de sus sirvientes (empleado) es el Artículo 2322 del Código Civil, el cual analizamos más adelante.

En efecto, “la jurisprudencia nacional ha interpretado la noción de cuidado o dependencia de manera extensiva, señalando que se trata de una cuestión de hecho, que no requiere de vínculos formales y que se expresa en la capacidad de impartir órdenes o de vigilar la actividad de otro⁶⁰”. Así, se ha fallado que “la persona natural o jurídica, legalmente no impedida, responde de sus propios hechos o de los ejecutados por las personas que dependen de ella, siempre que estos actos hayan sido consumados por su mandato o con su anuencia⁶¹”.

En un sentido similar, se ha señalado que la palabra empresario según su sentido natural y obvio “lleva envuelta la idea de persona que ejecuta una obra y que el vocablo dependiente la de aquél que sirva bajo sus órdenes⁶²”. De igual forma, “los empresarios son responsables de los cuasidelitos cometidos por sus dependientes mientras estén bajo su cuidado⁶³”.

En general, el criterio de la Corte Suprema al tratar casos de accidentes en vías públicas ha sido considerar que “parece justo que quien goza de los beneficios de la actividad de sus dependientes..., asuma también los riesgos de errores o faltas en el proceso de producción o de prestación del servicio. Desde la perspectiva de la víctima a ser efectivamente reparada del daño injustamente sufrido, la responsabilidad estricta del empresario permite superar el grave inconveniente que representa la carencia de recursos del dependiente, que en la mayoría de los casos transforma a la responsabilidad civil en una cuestión puramente teórica⁶⁴”.

⁶⁰ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007 (Considerando 14°). En este caso también se señaló que “la jurisprudencia también ha estimado que nada obsta para dar por establecida la responsabilidad por el hecho ajeno si el subcontratista es un mero encargado que actúa bajo las órdenes, instrucciones o coordinación del empresario principal”.

⁶¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 32(1), sección primera. 1935. p.10

⁶² Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 96(2), sección cuarta. 1999. p.209

⁶³ Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008. En este caso, la Municipalidad fue encontrada responsable por los actos cometidos por un funcionario de las mismas en uso de un automóvil municipal, en circunstancias que no había sido contratado para tales funciones, estableciéndose que “el propietario del vehículo [es] solidariamente responsable con el conductor en el pago de los daños y perjuicios causados, por consiguiente, la ilustre Municipalidad... es responsable de indemnizar los perjuicios causados por la muerte [de la víctima].”

⁶⁴ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

Por otro lado, sin perjuicio que la aplicación del artículo 2320 puede ser beneficiosa por cuanto da la posibilidad de demandar conjunta o separadamente al responsable directo del daño y al indirecto, eligiendo la víctima a su arbitrio, esto no deja de ser criticado por una serie de razones fundamentales:

- (i) Representa una enorme ventaja para la administración demandada al admitir una causal de exención de responsabilidad diciendo en su inciso final que cesará la obligación de estas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, exigiéndose así un estándar asimilable al de buen padre de familia o del hombre prudente⁶⁵⁻⁶⁶,

⁶⁵ No obstante, la acreditación de la debida diligencia o cuidado no ha sido fructífera en la jurisprudencia. En ese sentido, en relación al deber de fiscalización de las Municipalidades, se ha dicho que a pesar de tratar de acreditarse este deber de cuidado ello “no explica cómo creíblemente pueden dos personas fiscalizar los desperfectos en las vías públicas si tienen que revisar 153 puntos de la ciudad en aproximadamente 10 minutos por punto, o sea, se requerirían tomando el tiempo mínimo por lo menos 25 horas seguidas, lo que resulta un absurdo y una evidente contradicción”. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de junio de 2008, Rol N°123-2008.

⁶⁶ Específicamente en el caso de las Municipalidades, la relación de dependencia existente entre ellas y un trabajador municipal presenta una desventaja en materia probatoria en relación a la prueba testimonial. En efecto es recurrente la invalidación de testigos en atención a la causal del numeral 4 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, el cual considera como inhábiles para declarar a los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. Ello por cuanto “su situación de subordinación, sujeta al arbitrio del empleador, les resta imparcialidad” (Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007). Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que son inhábiles para declarar los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio, sin distinguir si el vínculo laboral es de derecho público o privado (En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008). Esto ha llevado a disminuir las posibilidades de defensa de las Municipalidades a la hora de recurrir a la causal de exención de responsabilidad del Artículo 2320. Frente a ello, las Municipalidades han dicho que se considera que “el vínculo que une a los testigos con la demandada es uno de derecho público regido por el Estatuto de Funcionarios Municipales y otras disposiciones legales que garantizan la estabilidad del empleo del testigo, lo que lo hace ser imparcial en sus declaraciones (Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008) En efecto, la “relación contractual laboral está totalmente regulada en la ley, no sólo en cuanto a su inicio, sino también en cuanto a su término y a su permanencia en el cargo, toda vez que la relación con la parte que los presenta no es propiamente la

- (ii) Deja objeto de una amplia interpretación al concepto de dependiente;
- (iii) No resuelve el problema de la culpa anónima, ya que siempre se requiere la existencia de un funcionario culpable determinado al cual se le pueda imputar el hecho; y,
- (iv) Instaure un problema probatorio casi insalvable respecto de la víctima, en atención a lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil⁶⁷.

Por último, cabe destacar que existe cierto sector de la doctrina que aplica esta teoría a los servicios públicos concesionados, como es el caso de las carreteras o autopistas urbanas diciendo que “si bien no media una relación de sujeción especial del concesionario respecto del ente [servicio], pueden aplicarse analógicamente las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad por el hecho ajeno⁶⁸”. Esto es claramente criticable a la luz de la inexistencia de una relación de subordinación o dependencia entre el ente regulador y la concesionaria.

1.2.3.2 Casos de subcontratación.

En la segunda interrogante planteada, vemos que relacionado con la presunción del artículo 2320 se encuentra el artículo 2322 del Código Civil que dispone que los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su

íntima y estrecha que caracteriza a los empleadores con sus criados o dependientes, sino que esta es de naturaleza pública y estatutaria (Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007). Cabe tener igualmente presente que el Artículo 20 del Código del Trabajo establece que en los juicios laborales el hecho de ser el testigo dependiente de la parte que los presenta no invalida su testimonio, excepción al Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil que se ha sido aplicada extensivamente a estas materias.

⁶⁷ “Un paliativo a estas críticas podría ser el considerar al Estado como directamente responsable de los hechos o actos lesivos, en calidad de persona jurídica, eliminando los inconvenientes que genera la responsabilidad por hecho ajeno; pero...el Artículo 547 excluye del título XXXIII del Código Civil (que se refiere a las personas jurídicas) a las corporaciones o fundaciones de Derecho Público, las que se rigen por leyes o reglamentos especiales. HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit.

⁶⁸ BIANCHI, Alberto B. La Responsabilidad de los Entes Reguladores. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. (155):1-16. 2001. p.164.

vista. Pero, no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes.

Al respecto se ha dicho que el “artículo 2322 del Código Civil reitera el principio general ya enunciado [en el artículo 2320]. En efecto, en nuestro derecho la responsabilidad por el hecho ajeno está construida sobre la base de un doble ilícito civil, el del dependiente, que causa el daño directamente, y el de quien lo tiene bajo su dirección o cuidado, cuya culpa es legalmente presumida y consistirá en no haber actuado con el cuidado necesario para evitar que el tercero ocasione daños, ya sea al elegir, instruir o vigilar a éste último⁶⁹”.

La aplicación de esta disposición ha sido frecuente en el caso de accidentes ocasionados por desperfectos imputables a subcontratistas de las Municipalidades⁷⁰. En efecto, la jurisprudencia ha dicho que este tipo de relación laboral “habilita para demandar en tanto faltó la vigilancia o la elección de dichos subcontratistas⁷¹”, sin perjuicio que la relación de dependencia existente no se presuma.

Además, se trataría de un caso que no admite demandar solidariamente a cualquier entidad, sino solo mientras medie una relación de trabajo. Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que “el artículo 2322 del Código Civil establece únicamente una presunción de culpa fundada en un hecho ajeno, cual es, el del dependiente en relación con su empleador y sólo en relación a aquellos podría alegarse solidaridad, más no respecto de otros terceros que sólo mantengan relaciones de carácter civil o

⁶⁹ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007 (Considerando 6°).

⁷⁰ En el caso de las sociedades concesionarias, el Artículo 64 del Reglamento de Concesiones señala que el concesionario podrá subcontratar cualquier tipo de actividad comprendida dentro del contrato de concesión, salvo que estuviera expresamente prohibido por las bases de licitación. En todo caso el concesionario será siempre el responsable ante el MOP. El único caso en que no sería responsable, es cuando los daños sean consecuencia de hechos que revistan carácter de delito y sean realizados con la intención de causar daño (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2009, Rol N°10202-2006.)

⁷¹ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

comercial con el empleador, ya que no se está en presencia de una legislación especial como sería la laboral en cuanto a establecer responsabilidades subsidiarias⁷²". De ahí que sea mucho más eficaz probatoriamente recurrir al artículo 2320.

De igual forma, existen ciertos casos en que la misma lógica se ha aplicado a fin de establecer la responsabilidad de empresas de servicios básicos cuyas instalaciones primarias implican una intervención de las vías públicas. El principal ejemplo en este caso son las empresas que prestan servicios de agua potable, y los problemas que pueden generarse por desperfectos en las tapas de alcantarillado cuando la mantención de las mismas se delega en empresas subcontratistas. En este sentido, se ha fallado que estos trabajadores "son responsables personal y solidariamente de los hechos imprudentes y/o negligentes que realicen conforme a las órdenes que les imparta su empleador. Por su parte, [la empresa de servicios], es responsable al elegir a una empresa sin la dotación suficientemente instruida en las normas más básicas de seguridad, aquellas que a cualquier persona se le ocurriría adoptar para evitar accidentes. De manera tal que, [la empresa] responde solidariamente, por su responsabilidad in eligendo e in vigilando, por cuanto, además de haber procedido a elegir incorrectamente la empresa en que delega sus funciones de reparación y mantención de las cámaras, jamás deja de estar obligada de vigilar la correcta ejecución de cada uno de dichos trabajos⁷³".

Así, "la mera subcontratación de servicios a terceros, no cercena el vínculo de responsabilidad que se mantiene por la culpa in vigilando e in eligendo. Sostener lo contrario significaría que en provecho propio, [la empresa] externaliza todas las funciones... en diversos subcontratistas cuyas negligencias jamás alcanzarían su patrimonio, simplemente porque están tercerizadas dichas tareas⁷⁴".

No obstante, esto no obedece a una valoración arbitraria. "La apreciación de la dependencia debe hacerse en concreto, [considerando] especialmente la naturaleza y

⁷² Idem.

⁷³ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

⁷⁴ Idem.

envergadura de las obras cuya ejecución se encomendó..., [lo cual] se refleja en el tiempo de duración y costo económico de las mismas⁷⁵.

1.2.3.3 Problemas de legitimación pasiva.

Dentro de los problemas de responsabilidad ocasionados por la subcontratación, tratándose de empresas de servicios básicos se da origen a un problema de legitimación pasiva con las Municipalidades ampliamente discutido por nuestra jurisprudencia afirmándose que “la función general de cuidado que [existe] sobre las calles situadas dentro de la respectiva comuna..., debe ejercerse sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a otros órganos públicos o a empresas concesionarias de servicios públicos respecto de instalaciones específicas⁷⁶”.

A modo de ejemplo, se ha dicho que “la mantención o reparación de la tapa dañada del recolector de aguas lluvias, no ha sido responsabilidad del Municipio demandando ya que, encontrándose en la vía pública, la ley ha encomendado específicamente dicha labor a otras entidades de la administración del Estado diversas de los Municipios⁷⁷”.

Esto se reforzaría por el hecho que “las funciones privativas de las Municipalidades, están señaladas en el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 y sus modificaciones, y entre ellas no está la mantención, reparación y conservación de los sistemas de recolección de aguas lluvias urbanas⁷⁸”. Asimismo, cabe tener en consideración las disposiciones de Ley N°19.525 de 10 de noviembre de 1997 que regula los sistemas de evacuación y drenaje de aguas lluvias. En ella, el artículo primero inciso segundo establece que la planificación, estudio, proyección, construcción, reparación, mantención y mejoramiento de la red primaria de sistema de evacuación y drenaje de aguas lluvias corresponderá al MOP. Luego, la red secundaria estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo a quien le

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Sentencia Corte Suprema, 23 de abril de 2009, Rol N°5029-2007 (Considerando 14° y 15°).

⁷⁷ Sentencia Corte Suprema, 19 de enero de 2005, Rol N°3209-2004 (Considerandos 8° y 9°).

⁷⁸ Ibid (Considerando 8°).

corresponderá, directamente, su planificación y estudio y, a través de los Serviú, la proyección, construcción, reparación y mantención de la misma⁷⁹.

Frente a este tipo de contradicciones normativas, las víctimas han optado por considerar que tratándose del bienestar general de la población, “es indudable que el deber general de cuidado es transversal a todos los sujetos de derecho, públicos o privados, que se encarguen del cuidado o de la administración de bienes y personas⁸⁰”. Por lo mismo, a pesar del reconocimiento expreso de la responsabilidad de las empresas de servicios básicos, las Municipalidades no están exentas de culpa al traspasarles la mantención de ciertos servicios.

En ese sentido, se ha dicho que “si bien la mantención o reparación de la tapa dañada del receptor de aguas lluvias donde se accidentó el actor no es responsabilidad de la Municipalidad, sí es obligación de este órgano de la administración del Estado la instalación y mantención de la señalización del tránsito adecuada en la vía pública de la zona en que se encontraba la tapa dañada –lugar donde cayó el actor–, y también comunicar su existencia a quien correspondiera, sea una repartición pública o una empresa privada, a fin de que subsanen los desperfectos existentes en calzadas, aceras o instalaciones de servicios de utilidad pública⁸¹”.

Llama la atención que si bien este tipo de argumentos suelen ser exitosos cuando la concurrencia de responsabilidad es con otra repartición del Estado, no lo son si el mismo problema se da con una empresa privada.

⁷⁹ En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005; y, Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de diciembre de 2007, Rol N°223-2006.

⁸⁰ Sentencia Corte Suprema, 19 de enero de 2005, Rol N°3209-2004. En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 27 de agosto de 2009, Rol N°6977-2007.

⁸¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de diciembre de 2007, Rol N°223-2006. En este mismo fallo se establece que “por lo anterior, y siendo responsables civilmente la Municipalidad o el fisco por los daños que se causen con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de la falta o inadecuada señalización, la Municipalidad debe responder por los perjuicios ocasionados al demandante, toda vez que el artículo 26 letra c) de la LOC de Municipalidades obliga a la unidad encargada de la función de tránsito y transporte público de la Municipalidad la obligación de señalizar adecuadamente las vías públicas”.

Quizás, una de las posibles explicaciones, es la tendencia generalizada a aplicar al Principio de Unidad de Acción del artículo 5 de la LOCBGAE en virtud del cual los órganos de la administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente. Sobre este principio, se ha afirmado que “la LOC de Municipalidades encomienda a dichos entes variadas funciones, entre las cuales se encuentra la obligación de mantener las aceras de la ciudad en condiciones de que los transeúntes puedan caminar sin riesgos de caer y lesionarse, siendo indiferente que para el cumplimiento de este deber puedan coordinarse con otros órganos de la administración, de manera que no puede aceptarse la tesis... en cuanto a que la reparación de los pavimentos de las aceras es una obligación que atañe solamente al Servicio de Viviendas y Urbanismo⁸²”, como ha querido afirmarse en algunos casos..

1.2.4 Calles y vías públicas como bienes nacionales de uso público. Aplicación integrada del artículo 589 del Código Civil con la Ley de Tránsito.

El artículo 589 del Código Civil establece que se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

En razón de esta disposición, las calles, caminos y vías públicas son clasificados como bienes nacionales de uso público, y en calidad de tales es que su administración corresponde a las Municipalidades. Esto, teniendo en especial consideración que la enumeración del artículo 589 está lejos de ser taxativa de forma que comprende todos los términos técnicos utilizados en materia de tránsito y que veremos con detalle más adelante.

Sobre esta interpretación extensiva, específicamente en relación a las aceras, se ha dicho que es obligación de las Municipalidades “administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, dentro de los cuales cabe incluir las aceras, naturalmente accesorias a las calles, expresamente reconocidas como bienes nacionales de uso público, dentro de la enumeración no

⁸² Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de diciembre de 2007, Rol N°223-2006.

taxativa del artículo 589 del Código Civil, pues sirven al mismo fin y gozan en consecuencia de la misma naturaleza jurídica⁸³.

Por otro lado, esta atribución de responsabilidad que hace nuestra legislación a las Municipalidades ha sido extendida por la jurisprudencia entendiéndose que la administración de las calles “se traduce en la obligación de mantenerlas en estado de servir a la comunidad, y en el caso de las aceras, en condiciones de que el desplazamiento de peatones a través de estas se realice en forma segura⁸⁴”. Esto ha venido a zanjar parcialmente los problemas de legitimación pasiva que puedan existir entre Municipalidades y otros órganos públicos.

En el mismo sentido se ha dicho que “el deber de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados en la comuna que recae sobre la Municipalidad, vinculado con la obligación de mantener las señalizaciones del tránsito público en las zonas urbanas que le entrega la Ley de Tránsito, abarca no solamente aquello que concierne al cuidado y conservación de dichos bienes en función de mantener la integridad del patrimonio público, sino también todo lo que tienda a precaver lesiones en su integridad corporal y daños en cosas de su propiedad a las personas, para cuyo uso han sido destinados, conforme al artículo 589 inciso 2° del Código Civil. Entonces, se configura una obligación específica de las Municipalidades de mantener el tránsito expedito y en condiciones de seguridad para los peatones que se desplazan por las aceras y, en caso de encontrarse éstas en mal estado, advertirles del riesgo que ello trae consigo, implementando mecanismos de señalización adecuados al efecto⁸⁵”.

⁸³ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007 (Considerando 18°). “Asimismo, el Artículo 3° letra d) del texto legal citado, señala entre las funciones privativas de las Municipalidades de aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, siendo el tránsito peatonal, claramente uno de ellos”.

⁸⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de agosto de 2008, Rol N°1105-2003 (Considerando 2°).

⁸⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de noviembre de 2008, Rol N°851-2006 (Considerandos 4° a 6°). En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006; Sentencia Corte Suprema, 23 de abril de 2009, Rol N°5029-2007; Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000; y, Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005; Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

Esta interpretación, como ya se dijere, se hace extensiva a toda la gama de conceptos que reconoce la Ley del Tránsito. Al respecto, se ha dicho 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 inadecuada señalización... , y aplicando el principio de hermenéutica jurídica que reza “si el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir, el concepto genérico de vía pública no puede restringir su aplicación sólo a las calles, (vía pública destinada al tránsito vehicular), sino que también resulta aplicable a las aceras (vías públicas de tránsito peatonal)⁸⁶”, y a todo lo que cumpla una función similar.

1.2.5 Limitación de la responsabilidad por la exposición imprudente al daño por parte de la víctima. Aplicación del artículo 2330 del Código Civil.

El artículo 2330 del Código Civil establece que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente⁸⁷. Esta hipótesis de limitación de las indemnizaciones ha sido frecuentemente utilizada en materia de accidentes en vías públicas⁸⁸, sin embargo su apreciación ha sido desigual por cuanto es difícil determinar en qué grado el accidente se debe a una exposición imprudente, y en qué grado a una negligencia de señalización, reparación o fiscalización del órgano encargado.

No obstante, puede apreciarse una tendencia jurisprudencial a desechar la aplicación de esta disposición mientras medie negligencia, aunque sea mínima, del órgano encargado de la seguridad vial, e incluso si efectivamente operó un grado de descuido por parte de la víctima. En este sentido, la Corte Suprema ha dicho que “no basta para reducir el monto de la indemnización que se alegue que las víctimas se expusieron imprudentemente al daño; es necesario que lo pruebe en forma

⁸⁶ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007 (Considerando 18°).

⁸⁷ En este sentido: BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., pp.729-730.

⁸⁸ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003, y, Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.

convinciente a juicio del tribunal en la causa. De lo contrario, no se justifica la aplicación del artículo 2330 del Código Civil⁸⁹.

De esta forma, podemos decir que se busca privilegiar a la víctima del accidente no haciendo un uso abusivo de este artículo⁹⁰. Este tema será tratado con mayor profundidad al referirnos a las atenuantes y agravantes jurisprudenciales en el capítulo segundo.

1.3 Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

1.3.1 Características generales.

En materia de accidentes por desperfectos en vías públicas, la LOCBAGE es destacable por tres aspectos fundamentales: (i) complementa lo establecido en los artículos 6, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución; (ii) consagra un régimen autónomo que busca abandonar la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, sin perjuicio de la tendencia jurisprudencial efectiva; y, (iii) instaura el ya mencionado Principio de Unidad de Acción como una forma de desburocratizar las tramitaciones en sede administrativa.

En el primer caso, la LOCBAGE complementa los lineamientos básicos establecidos en los artículos 1, 6, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución, al establecer su artículo 3 que la administración del Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente, fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. De igual forma, en su artículo 2 alude al Principio de Juridicidad ya nombrado al determinar que los órganos de la administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes; deberán actuar dentro de su

⁸⁹ Sentencia Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004, Rol N°2407-2004.

⁹⁰ En este sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de junio de 2003, Rol N°2324-2000.

competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico⁹¹.

En el segundo caso, la LOCBAGE logra desterrar la aplicación general de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado, salvo ciertas excepciones⁹², creando un nuevo estatuto legal autónomo que otorga mayor y mejor protección al administrado a través de la instauración del criterio de falta de servicio en su artículo 42. Este cambio refleja una evolución natural de la jurisprudencia chilena desde la irresponsabilidad del Estado hasta la responsabilidad bajo un estatuto especial y no bajo normas de derecho común.

Sin embargo se observa que, en materia de responsabilidad por el mal estado de las calles, la jurisprudencia ha hecho una especie de retroceso aplicando el estatuto común del Código Civil de manera irrestricta, e incluso encontrando en los artículos 2329 y 2314 del Código Civil el fundamento lógico del criterio de falta de servicio. La consecuencia de esta interpretación es la aplicación mixta de ambos cuerpos legales, configurando un régimen de responsabilidad confuso y ambiguo donde si bien las interpretaciones buscan privilegiar a las víctimas, en su sola esencia resulta ser ilegible e inmanejable para el común de la gente.

En este sentido, algunos casos han determinado que las demandas deben rechazarse por cuanto la “responsabilidad extracontractual... por denegación de servicio, [es un] concepto que no existe en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad... de los órganos de la administración del Estado, tiene carácter de derecho público y normas propias; y otra distinta, es la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil, la que también tiene normas propias.⁹³”.

Con todo, esto sigue siendo una distinción minoritaria en nuestra jurisprudencia, siendo la posición mayoritaria el estimar que la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual del Estado procede bajo el criterio de falta de servicio establecido en la LOCBAGE, pero bajo la aplicación supletoria del Código Civil.

⁹¹ En ese sentido: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit. p.19.

⁹² En ese sentido ver lo señalado respecto del Artículo 21 de la LOCBGAE. Asimismo, las Municipalidades cuentan con un estatuto propio de responsabilidad en su ley orgánica.

⁹³ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008 (Considerando 5°).

Por último, la LOCBGAE en su artículo 5 consagra lo que se conoce como Principio de Unidad de Acción, ya nombrado anteriormente, en virtud del cual las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Los órganos de la administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Esta disposición, busca principalmente distribuir la carga de trabajo de los órganos estatales y mitigar la burocracia de las tramitaciones administrativas, tema recurrente en materia de accidentes en vías públicas. Sin embargo, en la práctica el efecto es precisamente el contrario ya que esta disposición deja una ventana abierta a los problemas de legitimación pasiva que se originan entre los órganos de la administración del Estado, las Municipalidades, las sociedades concesionarias y las empresas de servicios básicos particulares.

Es más, es precisamente en virtud de esta disposición legal que las reparticiones públicas han hecho una redistribución de sus obligaciones, generando incertidumbre sobre la responsabilidad que corresponde a cada una de ellas.

1.3.2 Artículos 4 y 42 como reforzamiento del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado establecido en la Constitución. Abandono de la teoría de la falta o culpa civil de la Administración. Criterio general de imputación aplicable a los órganos del Estado.

A la luz de los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE se plantean las siguientes interrogantes: (i) ¿es efectivo el reforzamiento que la LOCBGAE hace del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en la Constitución?; (ii) ¿es posible zanjar la discusión sobre cuál es el régimen de responsabilidad que reconoce nuestro ordenamiento jurídico a la luz de estas disposiciones?; (iii) ¿cuál es la naturaleza del criterio de falta de servicio consagrado en el artículo 42?; y, (iv) ¿son estas disposiciones efectivamente compatibles con las disposiciones constitucionales ya nombradas?.

En el primero caso, el artículo 4 de la LOCBGAE dispone que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. Esto complementa lo ya dicho por el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, cerrando así el estatuto básico de responsabilidad de la administración del Estado por sus actos negligentes⁹⁴, suscitando no obstante las mismas interrogantes sobre el régimen de responsabilidad que consagra.

En este sentido, algunos han afirmado que esta disposición “no establece...la responsabilidad objetiva del Estado entendido dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto culpa o dolo, lo que, referido a las instituciones de Derecho Público que estaba consagrando, se refiere a la culpa o dolo del servicio, o sea, a la falta de servicio⁹⁵”.

Sin embargo, otros han señalado que este artículo “ha venido a innovar profundamente en los conceptos que hasta ahora han regido en materia de responsabilidad extracontractual de la administración pública, excluyendo definitivamente del ámbito público las ideas civilistas que hasta el presente habían debido servir de necesario fundamento a la judicatura civil para conocer de las demandas de indemnización de perjuicios intentadas contra el Fisco chileno, mezquinas en sus resultados prácticos por la persistente actitud de las defensas fiscales de negar los hechos para obligar a los demandantes a agotarse en la búsqueda de elementos probatorios y en la rendición de una exhaustiva prueba, para abrir un nuevo cauce jurídico a las vías de acción procesal, consagrando la existencia de una responsabilidad de Derecho Público, de naturaleza objetiva, en que la obligación de indemnizar al afectado nace del hecho de que los órganos administrativos hayan causado un daño a un sujeto jurídico en el ejercicio de sus

⁹⁴ En este sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004; Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005; Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008; y, Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.

⁹⁵ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit., p.135.

funciones, sin que sea necesario individualizar a la persona natural que causó el perjuicio ni probar la culpa o dolo de su actuación, y sea que ese daño, dentro de los parámetros constitucionales que lo hacen indemnizable, hubiera provenído de una actuación lícita o ilícita de la administración pública, sea que derive de un hecho material o de un acto jurídico⁹⁶.

De esta forma, vemos que el artículo 4 no contribuye a aclarar las dudas levantadas por las disposiciones constitucionales en la materia, sino que precisamente arroja las mismas interrogantes y por ende genera el mismo tipo de discusiones a nivel jurisprudencial sobre el tipo de régimen de responsabilidad que consagra el ordenamiento jurídico. Frente a ello, no cabe sino concluir que la importancia de esta disposición no radica en la reiteración que hace del principio constitucional general de responsabilidad del Estado, sino que en el abandono de la aplicación de las normas del Código Civil en materias de Derecho Público. Esto, bajo la prevención ya hecha sobre el retroceso del cual es objeto la jurisprudencia en materia de accidentes en vías públicas, donde la aplicación del Derecho Común es una posición mayoritaria.

Por otro lado, la LOCBGAE además establece una serie de disposiciones que apuntan a determinar en concreto cual será el criterio de imputación aplicable a estos entes administrativos. En ese sentido, el artículo 42 establece que los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

La naturaleza del criterio de falta de servicio⁹⁷ establecido en esta disposición, en atención a si corresponde a un régimen de carácter objetivo o por culpa, es ampliamente discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Esta norma ha sido utilizada como fundamento básico de un régimen de responsabilidad por culpa⁹⁸ al

⁹⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Bases Generales de la Administración del Estado. Santiago, Chile. Editorial Ediar-Cono Sur Ltda. 1987. p.42.

⁹⁷ Esto se verá con mayor detalle en el segundo capítulo.

⁹⁸ Al respecto, la doctrina ha determinado que en casos emblemáticos de Derecho Administrativo tales como *Tirado con Municipalidad de La Reina*, la Corte Suprema al calificar de objetiva la responsabilidad, lo hacía únicamente para distinguirla de la responsabilidad civil, porque en la responsabilidad municipal no se requiere de prueba de dolo o culpa del funcionario y sería únicamente una cuestión terminológica en que

decirse que “la falta de servicio que irroga directamente responsabilidad al Estado..., se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, sí deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima⁹⁹”.

No obstante lo anterior, la postura a favor de un régimen objetivo también ha encontrado asidero cuando se señala que “la falta de servicio debe ser entendida como una nueva y especial forma de responsabilidad objetiva..., [y tendría ese carácter en cuanto] no es obligación de la víctima probar la existencia de dolo o culpa en el autor material del daño, configurándose la objetividad por la existencia del daño sufrido, no obstante debiendo acreditarse la falta o tardía prestación del servicio, lo que en ninguna medida le otorgaría algún grado de subjetividad¹⁰⁰”.

objetiva sería para los tribunales cuando no deba existir culpa o dolo de un individuo en particular. HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.131.

⁹⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 15 de enero de 2007, Rol N°836-2006 (Considerando 2°.) En este caso, se estimó que “está suficientemente acreditado que existió una omisión por parte del Estado de Chile, a través de la Dirección de Vialidad, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, consistente en la falta total de señalización y de adopción de medidas de seguridad en el puente negro, conforme a los estándares básicos de seguridad, al no contar a la fecha del accidente con barreras de contención y de protección. Que, así las cosas, se ha establecido la falta de servicio atribuida directamente a la parte demandada, el Estado de Chile, como quiera que éste no ha atendido sus deberes jurídicos ordinarios al no haber actuado, debiendo hacerlo, lo que ha supuesto la ausencia de funcionamiento del servicio público encargado de la conservación, reparación, defensa y señalización de los puentes, como lo es la Dirección de Vialidad... En este sentido, la responsabilidad de la administración del Estado por la falta de señalización se ve reforzada por lo establecido en el párrafo quinto del Artículo 174 de la Ley 18.290, de 1984, Ley de Tránsito, a cuyo tenor, 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 señalización” (Considerandos 5° y 6°).

¹⁰⁰ GARCÍA MENDOZA, Hernán. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Indemnización por Error Judicial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1997. p.217.

Frente a este debate, la doctrina ha señalado que “la jurisprudencia nacional, siguiendo la teoría que aquí se discute, ha declarado en varias oportunidades que la responsabilidad del Estado sería objetiva o estricta. Pero si se analizan en detalle esos fallos, se constata que -salvo contadas excepciones- en cada uno de esos casos se acreditó suficientemente en el juicio la existencia de una falta de servicio, caracterizada por un funcionamiento deficiente del servicio público (es decir, de una culpa del servicio).

En esta contradicción entre lo que se suele decir en los fallos (responsabilidad objetiva de la administración) y los hechos que sirven de antecedente a la condena (inequívoca falta de servicio), se muestran las dificultades de una doctrina simplista de la responsabilidad del Estado, que pretende basarse exclusivamente en principios generales de la Constitución, y que, por lo mismo, no puede proveer de un desarrollo dogmático suficientemente complejo como para hacerse cargo de los diversos aspectos de la responsabilidad del Estado”.

Cabe mencionar que uno de los principales análisis del artículo en comento es precisamente su concordancia con el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución. Sin perjuicio de estimar que se trate de un régimen objetivo o por culpa, lo cierto es que la interpretación que se haga de ambas disposiciones debe apuntar a una misma corriente. De lo contrario, se cae en el riesgo de tener que estimar como inconstitucional al artículo 42.

Sobre esta posibilidad de inconstitucionalidad, la doctrina ha encontrado más razones que acrecientan esta postura criticando que el artículo 42 “reduciría -tratándose de normas de la organización de la administración del Estado- lo estipulado por su propio artículo 4, que tiene un alcance amplio y general, ya que allí -título I- se establecen los principios generales de la organización referida. Y lo reduciría ya que haría responsable a la administración del Estado solamente con ocasión de un solo tipo de origen del daño/falta de servicio, en circunstancias que la norma base y principio no restringe esa responsabilidad a ninguno, y la hace omnicomprendiva. Y lo que es más grave, es que así entendido el tema, sería inconstitucional desde que la Constitución no restringe la responsabilidad del Estado administración de manera

alguna, por lo que al restringirla como se pretende al intentar interpretar[lo] en esa forma, se viola ipso iure la Constitución¹⁰¹.

Por lo mismo, hay quienes prefieren ver en el artículo 38 inciso segundo no una norma que consagre un régimen determinado de responsabilidad, sino más bien, y como se mencionara anteriormente, una norma de competencia para determinar el tribunal que conocerá del contencioso administrativo y no de una acción de responsabilidad. Esta lógica evitaría caer en contradicciones tanto con las disposiciones de la LOCBGAE, principalmente el artículo 42, como con otras disposiciones que consagran criterios de falta de servicio, como es el caso de la LOC de Municipalidades que analizaremos más adelante.

En consecuencia, la importancia de la LOCBGAE radica precisamente en el hecho de establecer dentro del ordenamiento jurídico el concepto de falta de servicio y lo que ello implica como estándar o criterio de atribución de responsabilidad de los órganos de la administración del Estado. Sin embargo, lo hace de forma deficiente en su generalidad, generando conflictos doctrinarios e interpretativos que se suman a los ya generados por las disposiciones constitucionales, lo cual no representa necesariamente la flexibilidad precisa para interpretar el marco jurídico dependiendo del contexto de que se trate, sino que implica la consagración de un régimen sumamente confuso.

Esto ha encontrado su límite en la apreciación jurisprudencial que se ha hecho del criterio lo cual, combinado con la aplicación del régimen supletorio del artículo 2329 y 2314 o del artículo 2320 del Código Civil, llevan a la creación de un sustento jurídico que puede ser favorablemente aplicado en beneficio de las víctimas, atenuando las desigualdades tanto probatorias como de defensa.

1.4 Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹⁰¹ SOTO KLOSS, Eduardo. Falta de Servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?). En: Conferencias Santo Tomás de Aquino. La Responsabilidad del Estado-Administración. Academia de Derecho Universidad Santo Tomás. Noviembre, 2006. p.125.

1.4.1 Características generales.

En el caso específico de las Municipalidades, su responsabilidad se ha caracterizado principalmente por los siguientes factores: (i) se establece principalmente por una omisión, ya sea por falta de mantención y/o de fiscalización; (ii) generalmente la jurisprudencia ha tendido a verla como una responsabilidad objetiva; (iii) introduce una nueva apreciación del concepto de daño moral; y, (iv) conlleva una disminución en la aplicación de la causal de exoneración consagrada en el artículo 2330 del Código Civil.

Sobre los dos primeros aspectos, cabe hacer notar que encuadrar la responsabilidad de las Municipalidades principalmente frente a omisiones, ha implicado una interpretación literal del concepto de falta de servicio en su sentido natural y obvio, a diferencia de la interpretación que se le ha dado respecto de otras reparticiones públicas, en cuyo caso el término de falta de servicio se ha asociado más bien a una culpa del órgano. Por lo mismo, la responsabilidad Municipal es usualmente vista como objetiva, en contraposición a la responsabilidad de otros entes públicos donde las visiones son dispares.

En ese sentido, se ha dicho que “la falta/omisión de mantención de vías públicas, de juegos infantiles en plazas o parques, de graderías de estadios municipales, y la falta/omisión de señalización en ellos cuando hay v. gr. trabajos, escombros, orificios, excavaciones o desniveles, en veredas o calles, ausencia de tapas de desagües de aguas lluvias, es lo que debe probar la víctima, lesionada por la caída o accidente sufrido a raíz de esa omisión de servicio municipal, y el daño sufrido específicamente. De allí... la objetividad que ha reconocido la jurisprudencia en esta responsabilidad municipal¹⁰²”.

En cuanto al daño moral, efectivamente resulta que “en esta responsabilidad municipal... ha aparecido la indemnización del llamado vulgarmente como daño moral

¹⁰² SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad de las Municipalidades por los Daños que Produzca su Inactividad/Falta de Servicio: Principios Básicos. (Notas para un recuento Jurisprudencial). En: Conferencias Santo Tomás de Aquino. La Responsabilidad del Estado-Administración. Academia de Derecho Universidad Santo Tomás. noviembre, 2006. p.75.

ya no como tal sino como alteración en las condiciones normales de vida que sufre la víctima, no obligada jurídicamente a soportar el daño. Concepto que es mucho más amplio que el trabajado por los civilistas, ya que comprende no sólo el dolor, o aflicción, síquico y físico que el daño le produce a la víctima, sino todo el conjunto de circunstancias que alteran y perturban la vida misma de ella, al quedar lesionada, disminuida, hasta incapacitada e incluso inválida. Y no solo ello sino también en su familia, en su entorno más cercano, incluido el hecho de tener que contar con alguien que la atienda, auxilie o sirva de modo constante, permanente o continuo, a fin de poder moverse, trasladarse o simplemente sobrevivir.

Por ello, en este aspecto aquí ha sido posible un desarrollo notorio de la integralidad de la reparación que debe obtener la víctima en cuanto lo justo para ella es que se le indemnice todo el daño sufrido¹⁰³. En efecto, en el segundo capítulo veremos como la jurisprudencia en materia de accidentes por desperfectos en vías públicas ha recepcionado ampliamente el concepto de víctima por rebote acuñado en la doctrina, y como ha establecido un marco doctrinario para su aplicación.

Por último, en el caso de la aplicación de la causal de exoneración de responsabilidad contemplada en el artículo 2330 del Código Civil, sin perjuicio del desarrollo pormenorizado que se hará en el segundo capítulo, vemos que “otro de los rasgos notables de la jurisprudencia en este campo..., es el hecho de precisar que la posible imprudencia en que pudiera haber incurrido la víctima al producirse el accidente derivado de esa ausencia/omisión de mantención, fiscalización, o señalización, no exonera de manera alguna a la Municipalidad de su responsabilidad en el daño y, por tanto, debe responder debidamente indemnizando al efecto a la víctima¹⁰⁴”. A lo más, será posible disminuir el monto de la indemnización.

1.4.2 Interpretación integrada del deber general de administración y mantención de los bienes nacionales de uso público.

¹⁰³ SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad de las Municipalidades por los Daños que Produzca su Inactividad/Falta de Servicio: Principios Básicos. (Notas para un recuento Jurisprudencial). Op. Cit. pp.76-77.

¹⁰⁴ Ibid, p.77

Las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo propósito es, según el artículo 1 de la LOC de Municipalidades, la administración local de cada comuna o agrupación de comunas.

Para efectos de la responsabilidad por accidentes por desperfectos viales, este concepto de administración ha sido interpretado por la jurisprudencia como “la obligación que tiene el Municipio de mantenerlas [las calles] en estado de servir a la comunidad, en condiciones de que el desplazamiento sea normal y seguro, lo que necesariamente implica... que tales bienes cumplan efectivamente, por una parte, la función a que están destinados, y por otra, la de evitar que causen daño o puedan causar daño a las personas que se sirven de ellos¹⁰⁵”. Así, “cuando se omite el cumplimiento de este deber de administración, y una persona sufre una lesión o menoscabo, surge la necesidad de que el órgano público deba reparar el daño, porque éste ha tenido origen en una falta de servicio de ese organismo, derivada de la deficiente o nula actividad en el cumplimiento de la función que la ley le ha encomendado¹⁰⁶”.

Este deber vuelve a consagrarse en el artículo 5 letra c) de la LOC de Municipalidades, el cual establece que para el cumplimiento de sus obligaciones estas tendrán la función de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, incluido su subsuelo, salvo que su administración corresponda a otros órganos de la administración del Estado. Esto además se establece como función específica del Alcalde, al encomendársele en el artículo 63 letra f) la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan. La misma atribución se hace respecto del Consejo Municipal en el artículo 15.

Es en atención a la interpretación de estas disposiciones, y a lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil, que se ha construido un deber general de mantención de todo tipo de bien nacional de uso público, tales como calles, aceras, alcantarillados,

¹⁰⁵ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerando 18°).

¹⁰⁶ Ibid (Considerando 20°).

árboles, plazas y similares¹⁰⁷. Estas disposiciones permiten amparar un amplio espectro de bienes e instalaciones de uso público, asignando responsabilidad por su mantención, fiscalización y reparación.

De esta manera, la interpretación no solo se hace extensiva a las calles y vías públicas sino que también, por ejemplo, a los juegos infantiles y plazas ciudadanas¹⁰⁸, y establecido este deber general, se infiere la responsabilidad de las Municipalidades por accidentes causados ante su deficiencia.

En su defensa las Municipalidades han optado por desmentir el carácter fiscal de los terrenos en que se emplazan tales instalaciones¹⁰⁹. De esta forma, la discusión muchas veces recae en el tecnicismo de probar el origen del terreno en que ocurrió el accidente, más que en acreditar y sustentar los supuestos de responsabilidad por el mismo. Ello, no obstante el mismo artículo 5 letra c) establece que les corresponde a las Municipalidades, previo informe del consejo económico y social, asignar y cambiar la denominación de tales bienes.

1.4.3 Consagración de la falta de servicio Municipal.

El artículo 141 de la LOC de Municipalidades establece que estas incurrirán en responsabilidad por los daños que causen la que procederá, al igual que en el caso del artículo 42 de la LOCBGAE, principalmente por falta de servicio. No obstante, existirá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

Establecer la responsabilidad patrimonial del Estado en virtud del criterio de falta de servicio municipal suscita una serie de interrogantes respecto de su alcance, naturaleza y origen. Al respecto, nos planteamos las siguientes preguntas: (i) ¿es la responsabilidad establecida en el artículo 141 diferente de la que se consagra globalmente respecto del Estado?; (ii) ¿cuál es el alcance real de la indemnización consagrada en esta disposición?; y, (iii) ¿qué tipo de responsabilidad se consagra? o bien ¿es el régimen amparado diferente del sustentado por otras disposiciones

¹⁰⁷ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008.

¹⁰⁸ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

¹⁰⁹ En este sentido: Idem.

pertinentes en materia de responsabilidad por accidentes por desperfectos en vías públicas?

Sobre el primer punto, la responsabilidad aquí establecida “es una derivación lógica de la que igualmente corresponde al Estado, ya que los entes edilicios, aunque gocen de autonomía, tengan personalidad jurídica y patrimonio propio, forman parte del Estado, como un organismo descentralizado del mismo y, por ende, le son aplicables las normas constitucionales pertinentes¹¹⁰”. En este sentido, cabe también agregar que esta disposición tuvo su origen en el artículo 62 del DL N°1.289 de 1976, primitiva LOC Municipalidades, que clasificaba la responsabilidad civil de la Municipalidad en contractual y extracontractual, prescribiendo que esta última procedería principalmente para indemnizar los perjuicios de uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionaren, debiendo hacerlo, o lo hicieren en forma deficiente. De esta manera, se trata de una norma que ya se encontraba establecida en nuestro ordenamiento jurídico, no solo en una ley orgánica anterior sino que como criterio general, tanto a nivel constitucional en los reiterados artículos 6, 7 y 38 inciso segundo, como en la LOCBGAE.

Siendo esto así, es inevitable preguntarse cuál es la especialidad consagrada en esta disposición, que hace que no sea una redundancia del artículo 42 LOCBGAE o de normas similares. La respuesta a esta interrogante se entrelaza precisamente con el segundo punto de este párrafo, sobre el alcance de la indemnización en comento. En efecto, a diferencia del artículo 42 de la LOCBGAE, el artículo 141 de la LOC de Municipalidades establece que la responsabilidad procederá principalmente por falta de servicio, “lo que permite entender que la falta de servicio no es la única fuente de responsabilidad y, por lo mismo, bien podría admitirse responsabilidad por daño, incluso en el evento de que no exista falta de servicio, es decir, en caso de que el

¹¹⁰ FERNANDEZ RICHARD, José. Responsabilidad de los Municipios, por la Falta de Servicio, en Relación al Mal Estado de Calzadas y Veredas, Cuya Reparación y Mantenimiento Corresponden a los Servicios de Vivienda y Urbanismo – Serviú. Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Santiago, Chile. (303). Septiembre, 2005. p.21.

servicio municipal haya actuado oportunamente, y dentro de sus competencias, sin que pueda reprochársele a este respecto irregularidad¹¹¹”.

De igual forma, se ha sostenido que “la responsabilidad municipal por los daños que cometa la actividad de los Municipios no es precisamente el de la falta de servicio, desde que el propio artículo 141 de la LOC de Municipalidades..., dispone que las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. Si dice el texto principalmente es porque también responde, además, por otros fundamentos, causales u orígenes¹¹²”. Con este razonamiento, es posible establecer una responsabilidad municipal constitucional que ampare consecuencias gravosas no solo provenientes de hechos ilícitos sino que también lícitos, abriendo ampliamente el espectro de posibilidades de imputación municipal.

Sobre esto último, tratándose de responsabilidad por deficiencias viales, los casos de responsabilidad municipal por actos lícitos no suelen ser expresos sino que más bien se trata de contextos que bordean el límite entre lo que éticamente debió hacerse pero no se hizo, y lo que era legalmente exigible. El principal ejemplo de ello son los casos de inexistencia de señalización de desperfectos viales. “En estos casos, se indemniza porque se concluye que en el afectado no existe deber de soportar el daño causado por la acción del Estado, por ello, la cuestión central será aclarar, si hace falta otro factor de imputación distinto al de la causalidad, o bien se indemnizan los daños a todo evento¹¹³”. Este tema lo veremos con más detalle en el apartado siguiente.

Por otro lado, en el caso del régimen de responsabilidad amparado por el artículo 141, la discusión es la misma hasta ahora vista por cuanto tratándose del concepto de falta de servicio nuevamente la interpretación es ambigua. Al respecto, la Corte Suprema¹¹⁴ ha dictado condenas a la luz de una falta de vigilancia o deficiente

¹¹¹ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op.Cit. p.55.

¹¹² SOTO KLOSS, Eduardo. Falta de Servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?). Op. Cit. p.125.

¹¹³ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. Cit. p.71.

¹¹⁴ Ver: Revista Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 90(2), sección 5. 1993. pp.226-234.

señalización, apreciando tal falta no como una culpa del servicio sino que desde una perspectiva objetiva, a la luz de la obligación de administración comunal establecida en el artículo 1 de la LOC de Municipalidades ya citado.

Con todo, en otros casos se ha dicho que “esta disposición... hace a la Municipalidad responsable solidariamente de la indemnización a terceros por los perjuicios que ocasionen las actuaciones dolosas o culpables de sus personeros, sin perjuicio del derecho a repetir en contra del personalmente responsable por daños por falta de servicio¹¹⁵”.

Para esclarecer esta discusión, la doctrina ha hecho ciertas distinciones. “Efectivamente si por responsabilidad objetiva se entiende aquella en que no se exige culpa o dolo -en los términos del Código Civil-, puede decirse que la responsabilidad por falta de servicio que consagra... la LOM sería una responsabilidad objetiva. Sin embargo, la falta de servicio es una noción que, si bien técnicamente no es asimilable a [la] culpa..., al menos envuelve la constatación de una carencia o ausencia de actividad, lo que supone afirmar algo más que el daño causado. Por ello... es preferible no llamar a la falta de servicio responsabilidad subjetiva, para no dar la idea de que se está exigiendo la culpa del Código Civil, lo que no puede suponer dejar de exigir la concurrencia de falta de servicio, entendiendo por ésta una actuación u omisión de la administración conectada usualmente con el daño...”

La clarificación anterior es importante, porque ayuda a explicar una cierta fractura dogmática que se advierte en los fallos, los cuales, atraídos por este criterio doctrinal que proclama objetividad de este tipo de responsabilidad por falta de servicio, al mismo tiempo no dudan en buscar algún punto de imputación que, si bien no es estrictamente culpabilístico, se basa en la falta de servicio, entendida como la ausencia de una actuación debida por parte del Municipio condenado. Ni qué decir de aquellos fallos que revisaremos, que al no encontrar apoyo dogmático en la noción de falta de servicio, recurren a las reglas del Código Civil que exigen culpa o dolo en el agente imputado, para acoger demandas indemnizatorias en contra de Municipalidades.

Por ello... al ser la falta de servicio el factor desencadenante de la responsabilidad municipal, estamos frente a un tipo de responsabilidad que supone,

¹¹⁵ Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.

necesariamente, un factor peculiar o propio, entendiendo por tal la necesidad de que el Municipio incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado, o al menos debió haberse entregado de mejor forma¹¹⁶”.

1.4.4 Facultades en materia de tránsito y señalización.

El artículo 3 letra d) de la LOC de Municipalidades establece que a estas les corresponde aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el Ministerio respectivo¹¹⁷.

Dentro de esta facultad, encontramos que el artículo 4 letra i) les encarga la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes; y, que el artículo 26 consagra una unidad encargada de la función de tránsito y transporte público cuyo propósito es la adecuada señalización de las vías públicas, y en general, la aplicación de las normas generales sobre tránsito y transporte públicos. Esto, además, es reforzado por la obligación similar impuesta en el artículo 100 de la Ley de Tránsito, como se verá más adelante.

Frente a estas disposiciones, la jurisprudencia se ha visto en la obligación de determinar los estándares en materia de señalización, considerando que una mera inexistencia no es apta por sí sola para producir un accidente de envergadura. “La falta de servicio debe entenderse como aquello que le es exigible a la administración¹¹⁸”, de forma tal que “este deber de servicio se satisface en la especie mediante la provisión de una señalización adecuada¹¹⁹”.

¹¹⁶ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. Cit. pp.56-57.

¹¹⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

¹¹⁸ Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006.

¹¹⁹ Sentencia Corte Suprema, 27 de agosto de 2009, Rol N°6977-2007 (Considerando 16°). Sobre este deber de servicio, el mismo fallo señala que “en lo que atañe a la señalética que debió advertir el peligro, cabe tener presente que habiéndoles asignado la ley a las Municipalidades la obligación de satisfacer la necesidad pública de señalar las vías de circulación existentes en el área urbana de sus comunas, deben

En cuanto a que es lo que debe entenderse por señalización adecuada, la Corte Suprema ha dicho que “esta será determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca al Municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto del lugar de la calzada en que ocurrió el siniestro que motiva la acción indemnizatoria ejercida”¹²⁰.

Así, “una señalización específica puede ser perfectamente adecuada en un sector o intersección determinado, pero completamente insuficiente e ineficiente en otros. Ese grado de adecuación de la señalización está dado por los factores de riesgo detectables en cada una de esas zonas, los que a su vez se relacionan en forma directa y obvia, a lo menos con el flujo vehicular y peatonal que exista en el lugar. Más aún, en ciertas zonas específicas el grado de riesgo se relaciona con la clase de peatones que hay en el sector, como típicamente ocurre en zonas de colegios o escuelas¹²¹”.

Sobre lo mismo, la doctrina ha señalado que “esa señalización... debe cumplir algunas exigencias, tales como ser adecuada, suficiente y proporcionada a la situación de peligro que existe. Vale decir, no cualquier señalización basta para exonerar de responsabilidad a la Municipalidad, ya que incluso ante ciertas situaciones de peligro, habrá de prohibirse el tránsito por determinada sección, o parte, o vereda, o el acceso a una sección de una plaza, de un parque, de juegos infantiles, o de un estadio¹²²”.

Al contrario, “si no se advierte que la ausencia de señalización de parte del Municipio constituya un hecho grave o riesgoso que hubo de exponer a serias consecuencias a todo aquél que hubiere circulado por ese lugar, desde que no se trata de un deterioro de tal entidad que ineludiblemente iba a ocasionar perjuicios de

los Municipios arbitrar los medios o instrumentos funcionalmente idóneos para alcanzar esa finalidad, sin que excusa alguna pueda sustraerlos del cumplimiento de dicha función” (Considerando 16°).

¹²⁰ Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008 (Considerando 7° y 8°).

¹²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 96(2), sección cuarta. 1999. p.240.

¹²² SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad de las Municipalidades por los Daños que Produzca su Inactividad/Falta de Servicio: Principios Básicos. (Notas para un recuento Jurisprudencial). Op. Cit. p.76.

gravedad a alguno de sus transeúntes, esto es, que no constituía tal imperfección una fuente real y concreta de peligro para los usuarios de esa vía pública, se concluye que aun cuando exista relación de causalidad entre una omisión de la administración y un daño sufrido por el administrado, la primera no será responsable si ese resultado no puede serle imputado jurídicamente, por lo que no puede considerarse que ha existido una falta de servicio si la Municipalidad no ha incurrido en incumplimientos de estándares mínimos de funcionamiento¹²³.

Por otro lado, en otros casos se ha establecido que “más allá del objetivo evidente de regular las formas de desplazamiento de los vehículos en las calles de una ciudad y de normar el derecho preferente de paso entre ellos y con relación también a los peatones, existe una preocupación última y fundante relativa a la vida y salud individual de las personas... Así, en la especie, una señalización adecuada será sólo aquella que proteja eficientemente estos bienes jurídicos. En este caso, la voz adecuadamente se asocia con la idea de protección eficiente y razonable dado el grado de riesgo implícito para los bienes jurídicos que se vienen mencionando¹²⁴”.

Esta determinación de un criterio de atribución resulta especialmente interesante en el caso de accidentes por hoyos o baches en las vías. En efecto, en estos casos la Corte Suprema ha determinado que “sólo la falta o inadecuada señalización oficial es la que puede ser constitutiva de la falta de servicio Municipal [a] que [se] refiere el artículo 174 de la Ley de Tránsito o de la falta genérica de servicio que contempla el artículo 141 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Y toda vez que no existe alguna señal oficial cuyo objeto sea la de avisar de la existencia de baches u hoyos en la calzada o acera, mal podrían las Municipalidades inventar e instalar esa clase de señales. De ello se sigue que la obligación Municipal de señalar adecuadamente las vías públicas está acotada a la señalización oficial determinada por

¹²³ Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008 (Considerandos 9° a 11°).

¹²⁴ Sentencia Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004, Rol N°2407-2004 (Considerando 4°).

el Ministerio..., estándoles incluso prohibida la instalación de señales que no reúnan esa calidad¹²⁵”.

En consecuencia, la instalación y mantención de las señales del tránsito deberá efectuarse de acuerdo a las normas técnicas que emita el Ministerio... En este sentido, el artículo 99 contempla que la señalización del tránsito en las vías públicas será únicamente la que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Chile¹²⁶. Asimismo, debe tenerse en consideración el artículo 112 que dispone que las Municipalidades y el MOP, según corresponda, serán responsables del buen funcionamiento de las señales luminosas¹²⁷, y el hecho que “para establecer el mal estado de las vías públicas o su falta o inadecuada señalización, importante será verificar el cumplimiento de las normas que al respecto se establecen en... el Manual de Carreteras y en el Manual de Señalización de Tránsito¹²⁸”.

Es más, algunos consideran que establecer una obligación de señalización más allá de lo contemplado por los distintos Ministerios involucrados, implicaría vulnerar “lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República que establecen el principio de legalidad, por cuanto al no existir determinación o instrucción alguna por la ley o por el Ministerio... sobre la forma de señalar los desperfectos o irregularidades en las calzadas, evidentemente debe colegirse que tal obligación no existe y por tanto la omisión de una señalización especial en el lugar de los hechos no puede estimarse como un incumplimiento que genere obligación de indemnizar¹²⁹”.

¹²⁵ Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008 (Considerando 2°). De igual forma: Sentencia Corte Suprema, 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003. Asimismo ver: FERNANDEZ RICHARD, José. Op. Cit. p.23.

¹²⁶ En este sentido: Diagnostico de la Señalización Urbana. Subsecretaría de Transportes, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Agosto 2009.

¹²⁷ En este caso nuevamente se aprecia una falta de drasticidad a la hora de determinar las competencias específicas de cada órgano, contribuyendo con ello a la problemática general de determinar la legitimación pasiva.

¹²⁸ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.75.

¹²⁹ Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006. En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004.

Ello se produce, por cuanto “en Derecho Público no podrán ejecutarse otros actos que aquellos que se encuentren expresamente prescritos en la ley, en la forma como ella lo establece, y al no determinarse ni por la ley ni por el Ministerio... la forma en que deben señalizarse los desperfectos..., no podrá considerarse que existe obligación municipal y, por lo tanto, incumplimiento que dé origen a la indemnización a la que ha sido condenada el Municipio¹³⁰”. Establecer lo contrario implicaría “dar por establecida la responsabilidad por falta de servicio faltando dos requisitos esenciales para su concurrencia, cuales son la existencia de una obligación legal incumplida o cumplida en forma deficiente o tardía y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño¹³¹”.

Situación similar se da en el caso de lo establecido en la letra e) del artículo 3 de la Ley de Tránsito, el cual dispone que le corresponde a las Municipalidades aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el Ministerio respectivo¹³². Esto último se encuentra asimismo contemplado en su artículo 4 letra f)¹³³.

Esta obligación de las Municipalidades puede resultar peligrosa, ya que se trataría de una disposición que da paso a la incorporación dentro de su espectro de obligaciones de muchas resoluciones y circulares que si bien son de su conocimiento, no son así de su competencia o alcance. Ejemplo de esto es lo que ocurre con el Manual de Carreteras antes citado. Este es un documento elaborado por la Dirección de Vialidad que establece políticas y uniforma los procedimientos cumpliendo su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos que componen la red vial del país, junto con velar por la seguridad vial y la protección ambiental. Con todo, los requisitos técnicos que establece este manual han sido aplicados y exigidos por la jurisprudencia, aún cuando su fiscalización y eventual cumplimiento escapa del ámbito de competencia de las Municipalidades y se encuadra

¹³⁰ Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005 (Considerando 4°).

¹³¹ Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006 (Considerando 1°).

¹³² En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

¹³³ En ese sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004

más bien en el del MOP¹³⁴, siendo exigidos de forma indiscriminada aún cuando muchos de ellos representan peligros que van más allá de las obligaciones Municipales y más bien se encuadran en las políticas estatales de construcción y los estándares nacionales de pavimentación.

Por último, vemos que la obligación de señalización no desaparece frente a una concesión del servicio o de la obra pública. En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que “el deber legal de señalar adecuadamente las vías públicas..., conlleva un deber genérico de evitación de accidentes, máxime si dicha ausencia de señalética proviene de obras ejecutadas por concesionarias cuya habilitación proviene de habersele otorgado una determinada concesión de instalación y explotación¹³⁵”. Esto tiene su fundamento legal en diferentes regulaciones sectoriales en atención al servicio de que se trate. Un ejemplo de ello es el artículo 9 del DFL N°382 de 1989 que consagra la Ley General de Servicios Sanitarios, y que establece que las concesiones¹³⁶ de agua potable otorgan derecho a usar bienes nacionales de uso público en las condiciones dispuestas por las respectivas Municipalidades, cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien¹³⁷.

¹³⁴ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 17 de julio de 2002, Rol N°4107-2001.

¹³⁵ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

¹³⁶ El Artículo 8 de la LOC de Municipalidades establece que para el cumplimiento de sus funciones, las Municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la administración del Estado en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los Municipios (En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008). Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las Municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas; y, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título. Sin embargo, esta disposición no puede ser utilizada como un eximente de responsabilidad de las Municipalidades. Al igual que en el caso del MOP y las sociedades concesionarias, “la Municipalidad a través de sus agentes y delegados, no están exentas de respetar, en el cumplimiento del servicio, la exigencia de guardar la conducta debida en las relaciones recíprocas, tendientes a evitar el daño a terceros. Es decir deben, evitar realizar conductas riesgosas o de ejecutarlas, crear todos los mecanismos necesarios para evitar daños a las personas” (Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008).

¹³⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

Además, las Municipalidades deben tener en consideración el artículo 102 de la Ley de Tránsito, el cual señala que el que ejecute trabajos en las vías públicas estará obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y a tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Deberá además, dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando de inmediato y en la medida que se vayan terminando los trabajos, las señalizaciones, materiales y desechos.

Asimismo, dispone que serán solidariamente responsables de los daños producidos por accidentes tanto quienes encarguen la ejecución de la obra como quienes la ejecuten, lo cual se condice directamente con lo señalado respecto del artículo 2320 del Código Civil en materia de subcontratación.

1.4.5 Responsabilidad de las Municipalidades en la planificación urbana/vial. Interpretación armónica con la Ley General de Urbanismo y Construcción.

La LGUC, dentro del marco jurídico general del Derecho Urbanístico, se caracteriza por proveer claridad a los problemas de legitimación pasiva en materia de responsabilidad de las Municipalidades por accidentes por desperfectos en vías públicas, delimitando su competencia al establecer límites a la interpretación del concepto de bienes nacionales de uso público tanto respecto del artículo 589 del Código Civil como del artículo 5 de la LOC de Municipalidades, definiendo con exactitud el marco de competencias entre los diferentes organismos involucrados. De esta forma, la LGUC y en general las disposiciones y la doctrina de Derecho Urbanístico vienen a zanjar el problema de legitimación pasiva al establecer un régimen legal coherente con la LOC de Municipalidades e incluso con otros cuerpos normativos que analizaremos más adelante, como por ejemplo, la LOC de Gobierno y Administración Regional.

Esta delimitación, se logra en primer lugar a través de la interpretación armónica de las normas legales pertinentes de ambos estatutos. En ese sentido,

vemos que el artículo 24 de la LOC de Municipalidades¹³⁸ establece que a la unidad encargada de obras municipales le corresponderá, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LGUC, del plan regulador comunal y de las ordenanzas correspondientes. De igual forma el artículo 82 letra b) de la LGUC establece que para el ejercicio por parte de las Municipalidades de su facultad de prevenir el deterioro progresivo de un sector o barrio, esta podrá desarrollar acciones directas en la comunidad que tiendan a la conservación de las aceras, en la forma y con las características que señale la Dirección de Obras Municipales¹³⁹.

En segundo lugar, vemos que el Derecho Urbanístico en general hace una clasificación *sui generis* que viene precisamente a restringir la amplitud de responsabilidad asignada en los artículos 589 del Código Civil y 5 de la LOC de Municipalidades, limitándolos a lo que en este ámbito se denomina bienes públicos locales, los cuales corresponden precisamente a las calles y caminos. Así, quedando bajo la competencia de las Municipalidades únicamente los bienes públicos locales, “la titularidad del resto de los bienes públicos se atribuye a otros órganos de la administración¹⁴⁰”, descongestionando las acciones en contra de las corporaciones edilicias. A modo de ejemplo, la administración y conservación de las carreteras concesionadas sería asignada a la Dirección de Vialidad del MOP, las reparaciones y señalizaciones relacionadas con los sistemas de alcantarillado y drenaje de aguas

¹³⁸ En concordancia con esta disposición, el Artículo 5 de la Ley General de Urbanismo y Construcción establece que a las Municipalidades corresponderá aplicar esta ley, la Ordenanza General, las Normas Técnicas y demás Reglamentos, en sus acciones administrativas relacionadas con la planificación urbana, urbanización y construcción, y a través de las acciones de los servicios de utilidad pública respectivos, debiendo velar, en todo caso, por el cumplimiento de sus disposiciones. Esto se ve reafirmado por su Artículo 7 que señala que las disposiciones de la presente ley prevalecerán sobre cualquiera otra que verse sobre las mismas materias.

¹³⁹ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004

¹⁴⁰ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos. [en línea]. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 29, julio, 2007 <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/658/620>>. [consulta: 15 de junio de 2010].

lluvias a la Dirección de Aguas del mismo y las playas, terrenos de playa y roqueríos a la Subsecretaría de Marina.

Por último, la LGUC distribuye de forma exhaustiva las competencias urbanísticas dentro del complejo orgánico de la administración del Estado. Así, “dentro de la administración central, [atribuye] competencias al Ministerio de Vivienda y Urbanismo (órgano desconcentrado funcionalmente) y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo (órganos desconcentrados territorialmente a nivel regional)..., a nivel regional, a los Gobiernos Regionales (órganos descentralizados territorialmente a nivel regional)..., [y], a nivel comunal, a las Municipalidades (órganos descentralizados territorialmente a nivel comunal)¹⁴¹”.

1.5 Distribución de competencias viales frente a la descentralización de órganos de la administración. Ley N°19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

La LOC de Gobierno y Administración Regional establece en su artículo 16 letra j) que serán funciones generales del gobierno regional construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la Ley de Presupuestos.

Esta disposición es generalmente utilizada en contraposición a los artículos de la LOC de Municipalidades como una forma de demostrar que las obligaciones de uno y otro organismo son sustancialmente diferentes en materia de reparación de calles¹⁴². Así, las Municipalidades han argumentado su falta de legitimidad y consecuente falta de responsabilidad estableciendo que “conforme lo estatuyen los artículos 4º y 5º de la... [LOC] de Municipalidades, sólo se establece una facultad, pero jamás una obligación ni un deber para desarrollar directamente con otros órganos de la administración del Estado funciones relacionadas con vialidad urbana y prevención de riesgos, como asimismo administrar los bienes municipales y nacionales de uso

¹⁴¹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Op. Cit. [en línea].

¹⁴² En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008 (Considerando 1º y 2º).

público, correspondiéndole al Gobierno Regional conservar y administrar en las vías urbanas, las obras de pavimentación de aceras y calzadas, acorde lo dispone el artículo 16 letra j)..., de modo que no le asiste responsabilidad alguna¹⁴³”.

Sin embargo, el criterio general de la jurisprudencia ha sido considerar que “las modificaciones introducidas... a la LOC de Gobierno y Administración Regional, consistentes en establecer como función general de este órgano... la conservación y administración en las áreas urbanas de las obras de pavimentación de aceras y calzadas, no alteran ni sirven para eximir de responsabilidad civil a las Municipalidades respecto 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 inadecuada señalización, responsabilidad establecida en el artículo 174 inciso 5º de la Ley de Tránsito, por cuanto la nueva normativa sobre los Gobiernos Regionales no deroga tácitamente lo preceptuado en la normativa del tránsito, ni establece una responsabilidad exclusiva y excluyente, sino sólo estatuye atribuciones en las funciones del Gobierno Regional, representando a lo más un cúmulo de obligaciones¹⁴⁴”.

En conclusión, “no es útil para eximir de responsabilidad a la Municipalidad el que la LOC de Gobierno y Administración Regional confiera a los gobiernos regionales el deber de construir, reponer, conservar y administrar las obras de pavimentación de aceras y calzadas, porque aun así la Municipalidad está obligada, conforme al artículo 5º de su LOC, a administrar directamente los bienes nacionales de uso público, dentro de cuyas funciones mínimas se encuentra la de avisar a los usuarios de los peligros en la circulación pública, adoptar las medidas más urgentes para atenuar los riesgos implícitos y dar aviso al órgano encargado de suministrar los fondos para su reparación¹⁴⁵”, como sería el caso de los gobiernos regionales.

¹⁴³ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22 de julio de 2009, Rol N°279-2009.

¹⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de junio de 2008, Rol N°123-2008 (Considerando 1º).

¹⁴⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, 28 de marzo de 2008, Rol N°1081-2007 (Considerando 2º). Solo excepcionalmente se ha establecido que facultar a los Gobiernos Regionales para “efectuar directamente, dentro de su territorio comunal, obras de pavimentación financiadas con sus propios recursos...; no es óbice para dar por establecida la responsabilidad del Municipio demandado desde que la

2. REGULACIÓN SECTORIAL MAYORITARIA.

2.1 Ley N°18.290 de Tránsito. Modificaciones al derecho común.

Doctrinalmente, la Ley de Tránsito se caracteriza por consagrar hipótesis de responsabilidad infraccional como una fuente de responsabilidad civil. Esto se infiere de lo señalado en su artículo 170, el cual establece que toda persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, sin consideración de los derechos de éstos o infringiendo las reglas de circulación o de seguridad establecida en esta ley, será responsable de los perjuicios que de ello provengan.

En este sentido, tratándose de derecho del tránsito “para que podamos entrar al campo de la responsabilidad civil por daños causados, será necesario que el hecho del que éstos derivan sea, al mismo tiempo, un hecho penado por la ley y así, constituirá el carácter de delito o cuasidelito civil y de delito o cuasidelito penal¹⁴⁶”.

No obstante, existen otras fuentes de responsabilidad. Así, “en el caso de la responsabilidad del propietario de un vehículo por los daños que se causen a terceros..., la fuente de la responsabilidad es la ley, ya que la acción determinará solamente la responsabilidad de su autor, el conductor del vehículo y no la solidaria del propietario¹⁴⁷”.

En esta materia, la doctrina ha considerado que “la prevención y producción del daño y la obligación resarcitoria, son el centro alrededor del que se desarrolla toda la

demanda intentada... no sólo se finca en la infracción de la obligación de conservación de las veredas, sino que también en la infracción de la obligación de mantener o hacer mantener las señales de advertencia para precaver a los usuarios de los peligros que haya en dichos lugares públicos..., es decir, en un hecho que es independiente de la conservación y reparación propiamente tal de las vías que encuentra amparo legal en el reseñado Artículo 174 inciso quinto de la ley N° 18.290” (Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000).

¹⁴⁶ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Derecho del Tránsito. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas. 1998. p.266.

¹⁴⁷ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Derecho del Tránsito. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas. 1998. p.266.

problemática que pretende resolver la legislación del tránsito. Si del accidente resultan daños, surge la obligación de resarcir, la que hay que reglamentar, previniendo al mismo tiempo la ocurrencia del hecho mediante el ordenamiento del tránsito y la sanción de las conductas contrarias a lo normado, en cuanto constituye un riesgo¹⁴⁸”.

Asimismo, se ha dicho que “desde el punto de vista jurídico, se relacionan estrechamente los conceptos de culpa, causalidad, daño y resarcimiento, constituyendo el daño un perjuicio causado a un interés de otro por la acción de un hecho del hombre, en relación con una norma jurídica, generalmente contrariada. El daño en sí mismo, por grave que sea, carece de relevancia para estos efectos si no reconoce causalidad en un hecho humano (la lluvia, el granizo), habiéndose preocupado el ordenamiento jurídico de prevenirlo, impidiendo que se verifique, por medio de medidas dictadas al efecto

Determinar quién debe soportar en definitiva el daño, establecer los límites de la responsabilidad, [y] extender ésta a otros que no han participado en la producción del hecho dañoso, son problemas que debe solucionar el legislador y que aparecen estrechamente relacionados¹⁴⁹”.

En general, “se trata de una responsabilidad por el hecho de las cosas que, debido a la taxatividad de nuestro Código Civil, ha debido ser regulada en una ley especial... En Chile, el sistema de responsabilidad [de la Ley de Tránsito]..., establece una importante alteración a las normas civiles tradicionales, al punto de modificarlas y establecer disposiciones imperativas y obligatorias tanto respecto del fondo, tales como la responsabilidad del propietario del vehículo, como formales, dirigidas a la competencia especial de determinados tribunales para conocer de los hechos infraccionales y, como consecuencia de ellas, en relación de causa a efecto, de las indemnizaciones que el caso de lugar¹⁵⁰”.

Dentro de estas alteraciones, vemos que una de las más relevantes es la que ocurre respecto de la carga probatoria, a través de las presunciones de responsabilidad. “La gran mayoría de estas presunciones están contenidas en el

¹⁴⁸ Ibid, pp.44-45.

¹⁴⁹ Ibid, pp.45-46.

¹⁵⁰ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.269.

artículo 172 de la Ley de Tránsito y se refieren a casi todas las conductas o acciones que representan infracciones más o menos graves, lo que implica en definitiva que en materia infraccional, prácticamente la responsabilidad se presume siempre, a salvo por cierto, la prueba en contrario¹⁵¹⁻¹⁵²”.

Es precisamente la existencia de estas presunciones lo que hace que sea tan difícil determinar qué tipo de régimen se consagra en esta ley. En efecto, tal ambigüedad ha llevado a concluir en algunos casos que “estamos ante un sistema particular, que en muchos casos solo tiene por fin la inversión de la carga de la prueba, el que podría denominarse un sistema de culpa agravada. Así, las consecuencias dañosas de los accidentes de tránsito se regirían principalmente por este sistema de culpa agravada, lo que provoca una proliferación de presunciones, tanto legales como jurisprudenciales¹⁵³”.

Esto hace que “frente a la regulación específica de la particular actividad peligrosa del tránsito vehicular, la abundancia de presunciones establecidas en la Ley de Tránsito y la fuerza y determinación de algunas, pocas, pero importantes, nos lleva a encuadrar nuestro sistema de responsabilidad civil, en una más conservadora formulación de la teoría del riesgo, esto es, un sistema donde se prescinde de la culpa..., entendida en sentido clásico, pero que no excluye, siguiendo un concepto moderno más amplio, que podamos hablar de riesgo con base en actuación culposa lato sensu¹⁵⁴”. Las tendencias jurisprudenciales en el caso de la responsabilidad por vías deficientes, será vista más adelante.

¹⁵¹ Ibid, p.308.

¹⁵² Dentro de estas presunciones, una de las que mayor aplicación ha tenido en materia de responsabilidad de la administración del Estado, es aquella que establece la responsabilidad del propietario de un vehículo, por las infracciones que se deriven de su mal estado y condiciones. “Señalada en el Artículo 175, es una responsabilidad infraccional que no recae esta vez en el conductor, sino que en el dueño. Sin perjuicio que se trata de una presunción de culpa, el tipo contravencional reconoce una conducta con importante base culposa en la omisión de un tercero, no participante directo del hecho, cual es, la de un propietario que no mantiene su vehículo en adecuadas condiciones de circulación, lo que por cierto agrava el riesgo que crea el móvil. La presunción en este caso, implica un alivio en la carga de la prueba” (Ibid, p.310.).

¹⁵³ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.306.

¹⁵⁴ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. pp.306.307.

2.1.1 Conceptos básicos. Ámbito de aplicación.

Sin perjuicio de todas las referencias ya hechas respecto de la Ley de Tránsito, vemos que una de sus principales funciones es precisamente establecer los conceptos básicos en materia de transporte, tráfico y circulación. En relación a ellos, su artículo 1 establece que a ella quedarán sujetas todas las personas que como peatones, pasajeros o conductores de cualquiera clase de vehículos, usen o transiten por los caminos, calles y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público, de todo el territorio de la República¹⁵⁵.

Asimismo, establece que estas normas se aplicarán a aparcamientos y edificios de estacionamientos y demás lugares de acceso público. Este último inciso soluciona “numerosas y reiteradas dificultades que se planteaban en materia de competencia durante la vigencia de la Ordenanza General del Tránsito, cuando se discutía su aplicación en sitios particulares¹⁵⁶”.

Frente a ello, creemos necesario establecer cuáles son los conceptos básicos que se utilizan en materia de accidentes de tránsito¹⁵⁷, a fin de entender con claridad y precisión los análisis jurisprudenciales. En relación a esto, el artículo 2 distingue la avenida o calle como una vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales; y, a la vía como calle, camino u otro lugar destinado al tránsito, lo cual se condice con la Convención sobre Señalización Vial en que se le define como la superficie completa de todo camino o calle abierto a la circulación pública¹⁵⁸.

¹⁵⁵ No obstante, las leyes que regulan el tránsito en Chile no precisan qué debe entenderse por accidente de tránsito, por lo que, recurriendo a la doctrina y al derecho comparado, lo definimos como todo hecho que se produzca con motivo del desplazamiento de un lugar a otro de personas o cosas (Ibid, p.38).

¹⁵⁶ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.35.

¹⁵⁷ Se entiende como “tránsito” todo desplazamiento de peatones, animales o vehículos por vías de uso público.

¹⁵⁸ No obstante, el Artículo 166 dispone que El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá autorizar, en casos calificados, que una determinada avenida o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de vehículos

De igual forma, en materia rural, la Ley de Tránsito distingue el concepto de camino como vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales¹⁵⁹. Al respecto, vemos que “los caminos pueden ser públicos o privados, no estando estos últimos definidos legalmente, resultando su concepto de la exclusión... [de lo] que se entiende por públicos que..., son 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 público¹⁶⁰. La ley considera igualmente públicos, las calles o avenidas que unan caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas¹⁶¹”.

2.1.2 Artículo 174. Complementación del estatuto de responsabilidad de las Municipalidades.

“Numerosas son las sentencias que aludiendo al artículo 174 inciso 5 de la... Ley de Tránsito, han condenado a Municipalidades a indemnizar los perjuicios ocasionados por accidentes derivados del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización, y ello ya sea que las víctimas directas hayan sido ocupantes de vehículos motorizados, ciclistas o peatones¹⁶²”.

En efecto, el artículo 174 de la Ley de Tránsito establece que de las infracciones a los preceptos del tránsito será responsable el conductor del vehículo. El conductor, el propietario del vehículo y el tenedor del mismo a cualquier título, son solidariamente responsables de los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso, a

¹⁵⁹ El Artículo 167 establece que el tránsito de los peatones deberá hacerse preferentemente por las aceras

¹⁶⁰ Otros conceptos importantes a tener en consideración son S, entendiéndola como la parte de una vía destinada al uso de peatones y S como la parte de una vía destinada al uso de vehículos y animales.

¹⁶¹ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.41.

¹⁶² DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. pp.74-75.

menos que estos últimos acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad y sin perjuicio de la responsabilidad de terceros¹⁶³.

Luego dispone que la Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsable civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente¹⁶⁴ que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización¹⁶⁵. Esta disposición guardaría plena concordancia con el artículo 141 de la LOC de Municipalidades, disposición que consagra el principio de la responsabilidad de las Municipalidades por falta de servicio¹⁶⁶, e incluso con el antiguo artículo 62 del mismo cuerpo legal, haciendo además innecesaria la aplicación de la presunción de culpabilidad del artículo 2329 del Código Civil, objetivizando de forma beneficiaria para las víctimas, los argumentos en contra de las Municipalidades¹⁶⁷.

Sin embargo, la Ley de Tránsito introduce la variable de establecer como responsable no solo a la Municipalidad sino que al Fisco propiamente tal, siendo este artículo la primera disposición legal en establecer expresamente una hipótesis de responsabilidad extracontractual de carácter eminentemente estatal y no principalmente municipal, por el mal estado de los caminos.

Al respecto, cabe tener presente el artículo 1 de la LOC MOP que establece que este será responsable del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras. Asimismo, el artículo

¹⁶³ Sobre la responsabilidad aquí establecida, la Corte Suprema ha determinado que no será aplicable lo preceptuado si la responsabilidad del conductor del vehículo no se ha hecho valer ante un tribunal competente a través de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada (En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008). La responsabilidad penal que concurra en el accidente es independiente de la responsabilidad patrimonial del Fisco (En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005).

¹⁶⁴ El concepto de “Accidente de Tránsito” debe entenderse como todo hecho que se produzca con motivo del desplazamiento de un lugar a otro de personas o cosas, no necesariamente por la acción de un vehículo. En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 27 de agosto de 2009, Rol N°6977-2007.

¹⁶⁵ En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005; y Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008.

¹⁶⁶ Sentencia Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006.

¹⁶⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000.

18 inciso primero del mismo cuerpo legal dispone que a la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes y sus obras complementarias. Esta disposición debe ser interpretada a la luz de lo establecido en el artículo 42 de la LOCBAGE, artículo en el que “existe un amplio ámbito de responsabilidad fiscal, incluso tratándose de las obras dadas en concesión¹⁶⁸”.

Ante los tribunales superiores se ha establecido que “los términos del artículo 1 [hoy artículo 2] en relación con el artículo 177 [hoy Artículo 174] hacen recaer sobre el Fisco y las Municipalidades una obligación cuyas dimensiones son insospechadas por sus consecuencias, al incluir como vías no solo a las que pueden ser utilizadas por vehículos, sino además a las peatonales, y al incluir a las públicas y privadas destinadas al uso público¹⁶⁹”.

Frente a ello, la principal defensa de las Municipalidades ha sido establecer que el artículo 174 de la Ley de Tránsito “establece que dos personas jurídicas distintas pueden responder civilmente por los hechos..., el Fisco o la Municipalidad, y [el] artículo 100 del mismo cuerpo legal,... dispone que es deber de las Municipalidades instalar señales destinadas a regular el tránsito... En estas condiciones, arguye que existiendo más de una persona a quien demandar..., el demandante debe acreditar por qué demanda a su representada y no a la otra persona jurídica, produciéndose... [una] infracción, desde que el fallo da por probado un hecho que no lo está, cual es que su parte debe responder por hechos que no ejecuta y cuya ejecución no reconoce¹⁷⁰”.

Teniendo esto en consideración, las actuaciones establecidas para las Municipalidades serían entonces “una facultad y no una obligación legal, por cuya razón, de reglas facultativas, no se puede extraer culpa ni falta de servicios... Los Municipios no pueden ser compelidos ni a pavimentar ni a reparar ni a conservar calzadas o aceras, pues la obligación legal corresponde a otro órgano de la

¹⁶⁸ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.91.

¹⁶⁹ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. En: XV Jornadas de Derecho Público (19, 20 y 21 de octubre de 1984). Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. 1984. p.144.

¹⁷⁰ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

administración y si la Municipalidad ha asumido reiteradamente esas condiciones invirtiendo millones de pesos en pavimentación, reparación, conservación de calles y veredas, ha sido precisamente por satisfacer el bien común,... cuando invoca el artículo 1º inciso 3º y 5º de la Constitución Política del Estado¹⁷¹”. Con este razonamiento entonces, esta actuación preventiva sería un comportamiento de buena fe, más que el cumplimiento de una obligación legal, lo cual claramente va en desmedro directo de la víctima, sin perjuicio que sea una posición minoritaria en la jurisprudencia.

Otro aspecto importante de esta disposición, es que imputa la responsabilidad exclusivamente a las Municipalidades o al Fisco (que en la práctica es principalmente el MOP), excluyendo a otras personas jurídicas que tengan algún tipo de inferencia en la mantención y/o fiscalización de las vías públicas. En relación a ello, “la principal omisión que presenta la norma es la de excluir a los Servicios de Vivienda y Urbanismo¹⁷², que son, precisamente, los encargados de... [la] mantención en los sectores urbanos¹⁷³”.

Esto se contrapone principalmente a lo establecido en la Ley de Pavimentación Urbana que, como veremos más adelante, entrega al Serviú responsabilidad directa por el mal estado de las calles, teniendo las Municipalidades una responsabilidad subsidiaria para efectuar obras de pavimentación con sus recursos.

Por último, en cuanto al régimen de responsabilidad que consagraría esta disposición, tal como se viera en la introducción a esta normativa, ello no es tan tajante como en otros estatutos legales, por cuanto ni siquiera se refiere al mal funcionamiento del servicio sino que meramente al mal estado de la vía. Sin embargo, jurisprudencialmente ha sido interpretado como una consagración de un régimen objetivo de responsabilidad en virtud principalmente de la teoría de los riesgos, ya que

¹⁷¹ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

¹⁷² En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007; Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008; y, Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006.

¹⁷³ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.145.

se trataría de daños que derivan “del simple hecho de la posesión y/o utilización [del vehículo], prescindiendo de la culpa de las personas que manejan o conducen¹⁷⁴”.

Este criterio fue adoptado en el caso Villegas Lorca, Carlos con Municipalidad de Providencia al establecerse que “como se aprecia de la redacción del artículo 177 de la Ley de Tránsito (actual artículo 174), la responsabilidad en que incurren las Municipalidades, establecido el hecho de un accidente causado por las razones allí descritas, es de carácter objetiva, lo que se traduce en que se incurre en ella por el solo hecho de verificarse los presupuestos¹⁷⁵”.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un sector minoritario de la doctrina donde se le ha asociado más bien a un régimen de responsabilidad por culpa. Así, se ha dicho que “la idea anterior aparece como la más adecuada, no sólo para guardar la necesaria armonía de la legislación..., sino porque además, la ley amplía tanto el ámbito de su aplicación, que incluirá vías privadas, dadas en concesión y, sobre todo, en sectores urbanos, a calles y calzadas cuya mantención y reparación corresponde a los Serviú. Aparecería como absolutamente desproporcionado si se hiciere recaer una responsabilidad objetiva en un órgano que ni siquiera tiene a su cargo la mantención de la vía y que su responsabilidad emanaría en teoría únicamente de no haber adoptado las providencias de cerrar la vía o advertir el peligro.

En otras palabras, la justificación teórica estaría siempre en estos casos en una falta del ente público, ya que si se analizara el punto rigurosamente, la responsabilidad objetiva debiera recaer en la persona que tiene a su cargo la mantención de la vía; en el Serviú, por ejemplo. Si la ley no lo ha establecido así y ha hecho recaer la responsabilidad en la Municipalidad, será precisamente cuando ella cometa una falta, o sea, cuando exista culpa de su parte¹⁷⁶”.

2.2 Ley N°8.946 de Pavimentación Urbana.

¹⁷⁴ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.306.

¹⁷⁵ Revista Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 90(2), sección 5. 1993. pp.226-234. En este sentido ver también: ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.47.

¹⁷⁶ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.155.

2.2.1 Problemas de legitimación pasiva. Subsidiariedad de las Municipalidades frente al Serviú y el MOP.

El artículo 1 de la Ley de Pavimentación Urbana establece que todo lo relacionado con la ejecución, renovación, conservación y administración de las obras de pavimentación de aceras y calzadas, en las partes urbanas de las comunas de la República, se sujetará a las disposiciones de la referida ley. Esto debe analizarse al tenor de la ley en su totalidad que responsabiliza por ello al MOP y al Serviú.

En efecto, el artículo 3 dispone que el MOP, por intermedio de la Dirección General de Pavimentación¹⁷⁷, tendrá la fiscalización de las obras de pavimentación que se ejecuten o puedan ejecutarse en todas la comunas. Corresponderá, en consecuencia, a la Dirección General de Pavimentación la aprobación de los proyectos elaborados por las Municipalidades o la confección de los mismos, informar al Ministerio sobre las propuestas públicas que se soliciten para ejecutar estas obras y tomar todas las medidas conducentes a asegurar la correcta ejecución de ellas.

Luego, el artículo 11 establece que la Dirección General de Pavimentación se encargará del estudio y de la elaboración de todos los proyectos de las nuevas obras de pavimentación o repavimentación de calzadas y aceras¹⁷⁸. La ejecución de todas estas obras se hará bajo su dirección e inspección y tendrá también a su cargo los trabajos de conservación y reparación que la ley indica. Además, deberá evacuar los informes y consultas que de ella soliciten las Juntas de Pavimentación y los Alcaldes de las comunas.

La Dirección General de Pavimentación podrá delegar sus funciones fiscalizadoras en las Oficinas Municipales correspondientes, cuando así convenga para

¹⁷⁷ Según el Artículo 12 de la Ley de Pavimentación Urbana, la Dirección General de Pavimentación es un organismo que depende del MOP. Sin perjuicio de esta dependencia y para los efectos de la autonomía que le confiere la ley, tendrá personalidad jurídica suficiente para ejecutar actos judiciales o extrajudiciales y celebrar los contratos que sean necesarios para el mejor cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

¹⁷⁸ En ese sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004

la buena marcha de las obras, pero conservará, en todo caso, la inspección general de los trabajos y de la aplicación de la ley en forma de controlar la inversión de los fondos, según determine el MOP.

No obstante lo dispuesto en los incisos precedentes, los propietarios de los predios podrán ejecutar, reparar o reponer los pavimentos de las aceras y entradas de vehículos que enfrenten sus predios, por su cuenta y cargo exclusivos, debiendo, en todo caso, requerir del Serviú la información necesaria para cumplir con las normas técnicas vigentes en la materia. El Serviú entregará dicha información en el terreno mismo, previo pago de un derecho único de inspección¹⁷⁹.

Es en virtud de todas estas disposiciones que las Municipalidades han construido un argumento tipo que las releva de la responsabilidad por los accidentes en aceras y vías públicas, basándose principalmente en la falta de legitimación pasiva de las acciones intentadas en su contra¹⁸⁰. En efecto, podría considerarse que la responsabilidad urbana de las Municipalidades recae netamente sobre la fiscalización y correspondiente aviso al Serviú, pudiendo exonerarse de cualquier indemnización con sólo comprobar que se dio aviso de las fallas correspondientes.

Con todo, “una interpretación más favorable al particular podría establecer que la obligación primaria es de la Municipalidad y que la responsabilidad de los Serviú es solidaria o subsidiaria, pero que la Corporación no puede desentenderse del estado de las vías públicas que pueden causar accidentes a los usuarios, ya que dispondría en todo caso de los medios de policía para cerrar al uso público las vías que ofrecen peligro de accidente, o al menos para señalarlos¹⁸¹”.

Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que si bien puede existir concurrencia de responsabilidades, ello de ninguna forma opera como un eximente

¹⁷⁹ En este sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006, y, Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005.

¹⁸⁰ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007; y, Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008.

¹⁸¹ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.146.

para las Municipalidades¹⁸². Así, se ha dicho que “establecido en los artículos 5 letra b), 24 letra b) y 26 letra d) de la LOC de Municipalidades el deber de estos entes de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, de fiscalizar las obras en uso a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas que las rijan y aplicar las normas generales vigentes en lo relativo al tránsito y transporte público, respectivamente, y en el artículo 174 de la Ley de Tránsito que las Municipalidades serán responsables civilmente de los daños que causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas, queda claro que estos organismos deben responder por los daños que sufran las personas con motivo de accidentes derivados del mal estado de las aceras de las vías públicas, responsabilidad que no se ve afectada porque otros servicios tengan a su cargo la conservación, reparación y reposición de los pavimentos en áreas urbanas¹⁸³”.

De igual forma, la Corte Suprema, ha dicho que “aún cuando la obligación de mantener las vías públicas no corresponde exclusivamente a las Municipalidades, puesto que la Ley N°8946 entrega al Serviú la responsabilidad de ejecutar obras de reparación de aceras, ello no la exime de su responsabilidad por los daños provocados a causa de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización, como lo establece el artículo 174 inciso final de la Ley de Tránsito.

¹⁸² Excepcionalmente existe un caso en que se afirmó que “distinguiendo las funciones que respecto de bienes municipales y nacionales de uso público, competen, por una parte a las Municipalidades y al Servicio de Vivienda y Urbanización, aparece que la obligación de velar por la mantención y seguridad de las calzadas y aceras y de tomar las precauciones necesarias para prevenir accidentes de quienes transitan por aquellas recae sobre éste último. Órgano que en cumplimiento de sus funciones respecto de los señalados bienes nacionales de uso público, debió vigilar y exigir a los dueños de las cámaras alcantarillas y obras complementarias construidas sobre dichos bienes, que las mantuvieran con las tapas o rejillas de seguridad necesarias. Al haber omitido este deber, se hace responsable de los daños causados a terceros, sin perjuicio de su derecho para repetir contra los respectivos dueños”. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 10 de septiembre de 2004, Rol N°358-2003.

¹⁸³ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007. En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 26 de enero de 2005, Rol N°3176-2004; y, Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004

En efecto, la mantención de las vías públicas es una de las funciones de las Municipalidades y, como tal, se encuentra obligada cumplir con dicho cometido en forma coordinada y propendiendo a la unidad de acción, lo que importa que debe adoptar las medidas tendientes a reparar las vías en mal estado, requiriendo al órgano que estima competente para la adopción de las respectivas medidas y, sin perjuicio de ello, señalizando en el intertanto adecuadamente los desperfectos que encontrare para disminuir los riesgos y evitar, en lo posible, los siniestros consecuentes para poder excusarse de su responsabilidad¹⁸⁴.

Así, se ha establecido una clara tendencia en este ámbito diciendo además que “aun cuando no le correspondiera a las Municipalidades la mantención y reparación de las calles de su comuna y que, al declarar lo contrario, el fallo recurrido hubiera quebrantado la normativa legal que asigna esa actividad a los Servicios de Vivienda y Urbanismo, semejante transgresión normativa carecería de influencia en lo dispositivo de dicho fallo, pues, de todas maneras, no podría el Municipio demandado sustraerse de la responsabilidad..., dada la amplitud con que ha de entenderse..., el deber de administración que le incumbe en relación a los bienes nacionales de uso público de que se trata y teniendo especialmente en consideración lo expresado en las disposiciones legales..., con arreglo a las cuales, las Municipalidades tienen la obligación de proveer a la instalación y mantención de la señalización del tránsito en las vías públicas de su comuna y de advertir acerca de cualquier desperfecto que sus inspectores detectaren en las calzadas y aceras a la repartición o empresa encargada de repararlo; todo ello en función de advertir los riesgos que tales desperfectos entrañan para la integridad física y los bienes de las personas que transitan por esas vías; prescripciones de mantención, cuidado y prevención cuyo carácter imperativo queda en evidencia, al establecerse en el artículo 174 inciso 5º de la ley N° 18.290 la responsabilidad civil de las Municipalidades por 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 inadecuada señalización¹⁸⁵”.

¹⁸⁴ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1768-2007 (Considerandos 8º y 9º, Sentencia Primera Instancia y 7º, Sentencia Corte de Apelaciones).

¹⁸⁵ Sentencia Corte Suprema, 23 de abril de 2009, Rol N°5029-2007 (Considerando 7º).

En el mismo sentido, “la ley 8946 sobre pavimentación establece similares funciones para el Ministerio de Obras Públicas y en especial al [Serviú] sin que aparezca de esta normativa que aquellas sean de su exclusiva responsabilidad. En efecto, si bien esta ley entrega a ese ministerio la responsabilidad de ejecutar las obras de reparación de aceras, a las Municipalidades entrega diversas funciones de coordinación, fiscalización y asesoría a ese organismo.

Así, a las Municipalidades... les corresponde un rol activo y permanente en las obras de pavimentación y reparación de aceras y calles, rol que ha quedado suficientemente refrendado con lo dispuesto en el artículo 174 inciso final [de la Ley de Tránsito], que hace responsable tanto a estas corporaciones como al Fisco... de manera que, armonizando las disposiciones citadas, resulta claro que si la ejecución de obras de pavimentación les correspondiese a otros organismos fiscales, a la Municipalidad le corresponde, al menos, y en todo caso instar por las reparaciones necesarias, dar cuenta al organismo fiscal correspondiente del mal estado de las vías públicas y adoptar las medidas necesarias para disminuir los riesgos y evitar, en lo posible los siniestros consecuentes¹⁸⁶”.

Según todo lo expuesto, “a las Municipalidades les corresponde si no en forma excluyente al menos en forma conjunta con otros órganos de la administración del Estado, el adecuado mantenimiento de las vías públicas y la correspondiente señalización cuando éstas se encontraren en mal estado¹⁸⁷”. “Irredarguable resulta, lo sostenido hasta aquí cuando se atiende a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley de Bases de la Administración del Estado N°18.575, que obliga a las autoridades y funcionarios a velar por la eficiencia de la administración, señalando que los órganos de la misma, deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

En efecto, de acuerdo con esta norma la Municipalidad queda obligada, en todo caso, a adoptar las medidas tendientes a la reparación de las vías en mal estado, esto es, a requerir del órgano que estima competente la adopción de las medidas correspondientes y, sin perjuicio de ello, a señalar en el ínter tanto, adecuadamente

¹⁸⁶ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1768-2007 (Considerando 8°).

¹⁸⁷ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1768-2007 (Considerando 8°).

los desperfectos que encontrare, con el objeto de evitar o al menos prevenir la ocurrencia de algún siniestro¹⁸⁸.

El problema se intensifica si consideramos la excesiva burocracia administrativa que existe en nuestro país. La ejecución de las obras de pavimentación se llevará a efecto de acuerdo con un plan general que será confeccionado para cada comuna por la Dirección General de Pavimentación, cumpliendo los acuerdos de las respectivas Municipalidades, siendo posible delegar tal función en las oficinas municipales correspondientes solo cuando así convenga para la buena marcha de las obras, pero conservará, en todo caso, la inspección general de los trabajos y de la aplicación de la ley en forma de controlar la inversión de los fondos, según determine el MOP. De esta forma, las reparaciones no son automáticas, ni la decisión de las mismas autónoma de las Municipalidades. Incluso la misma tarea de fiscalización dista de ser exclusiva de las Corporaciones Edilicias. Son proyecciones en conjunto que en la práctica suelen dilatarse en atención a las deficiencias organizacionales del sistema.

3. REGULACIÓN SECTORIAL MINORITARIA.

3.1 D.L. N°900 de Concesiones de Obras Públicas y D.F.L N° 956 Reglamento de Concesiones de Obras Públicas¹⁸⁹. Obligaciones del concesionario en materia de desperfectos viales.

Siendo que lo que nos interesa de las obras viales concesionadas es su etapa de explotación¹⁹⁰, nos remitimos al artículo 54 del Reglamento de Concesiones que

¹⁸⁸ Ibid (Considerando 9°).

¹⁸⁹ Asimismo, debe tenerse en consideración lo establecido por las respectivas Bases de Licitación, la oferta técnica y económica presentada y los Decretos Supremos de Adjudicación respectivos. Esto, usualmente reitera y explicita las reglas contenidas en los cuerpos legales principales analizados en esta parte.

¹⁹⁰ Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la doctrina distingue igualmente el caso de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado por deficiente diseño de carreteras. En ese sentido se ha dicho que "el diseño de la carretera corresponde al Ministerio de Obras Públicas. Por ello, si un usuario ha sufrido un daño a consecuencia de un deficiente diseño que importe una falta de servicio, compromete de

considera como tal, entre otras cosas, la conservación de la obra en óptimas condiciones de uso.

Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Concesiones establece que la sociedad concesionaria 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, lo cual conforma el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión¹⁹¹.

En cambio, 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 MOP, con las solas excepciones que regula expresamente la ley y las que se estipulen en el contrato.

Luego, el artículo 23 establece que el concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización.

manera directa la responsabilidad del Estado, verificándose así lo dispuesto en el Artículo 35 de la Ley General de Concesiones. En todo caso, lo complejo será determinar el correcto parámetro a efecto de determinar la existencia o no de un deficiente diseño, que sea reprochable y que importe falta de servicio. Si tomamos un parámetro objetivo, con los mejores estándares de seguridad y a partir de fondos ilimitados..., lo más probable es que todas nuestras carreteras presenten diseños deficientes. En cambio, si tomamos un parámetro subjetivo, que considere las limitaciones presupuestarias que afectan al Estado chileno y su concesionario vial..., los resultados de ese juicio serán muy distintos". ROMÁN CORDERO, Cristián. Op.Cit.

¹⁹¹ Sobre esto, la jurisprudencia ha dicho que "la vinculación de la concesionaria con el Estado es de Derecho Público, regulada por la ley y el contrato de concesión, en el cual se señalan por la autoridad las condiciones en que debe prestarse el servicio concesionado. En cambio, la relación existente entre el concesionario y el usuario del servicio concesionado es de derecho privado, toda vez que en este caso no concurre el carácter desinteresado que implica que los servicios públicos estén sujetos a un régimen jurídico de Derecho Público; como señala don Patricio Aylwin en su Manual de Derecho Administrativo, "la tarifa que él cobra a los usuarios no persigue sólo financiar el servicio sino, además, proporcionarle una legítima ganancia. No concurre, pues, en este caso, respecto del concesionario, el carácter desinteresado que implica que los servicios públicos estén sujetos a un régimen jurídico de Derecho Público" (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2009, Rol N°648-2007. Considerando 4°).

Asimismo, deberá asegurar la continuidad de la prestación del servicio, lo cual implica que se encuentra obligado a: (i) facilitarlos 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, (ii) prestarlos 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 artículo 24 señala posteriormente que el concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obra concedidas.

Complementariamente, el Reglamento de Concesiones exige que, como parte del reglamento interno de la sociedad concesionaria, se asuma la obligación de adoptar medidas de cuidado de la obra, seguridad y vigilancia, medidas de mantención y aseo de las distintas instalaciones, medidas orientadas a detectar y solucionar los problemas de accidentes, congestión o de cualquier otra naturaleza que se produzcan en el camino, estándares de operación, calidad y gestión para la prestación de los servicios y mecanismos de evaluación y control de los servicios.

Sobre estas obligaciones, la jurisprudencia ha determinado que “la relación entre el usuario y la concesionaria, por concepto de peaje, es de derecho privado. Las obligaciones que esta relación comprende para la concesionaria, se comprenden las del DS 900 del Ministerio de Obras Públicas, en especial las señaladas en su artículo 23 letra b), que le impone la obligación de proporcionar el servicio en condiciones de absoluta normalidad suprimiendo las causas que originan molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios¹⁹²”

En el caso en comento, “conforme a la norma citada..., la concesionaria, al no haber adoptado las medidas necesarias consistentes en preocuparse de que los cercos de los predios vecinos se encuentren en buen estado, a fin de evitar que pudieran salir animales a la carretera que interrumpieran la libre circulación de los vehículos, no cumplió con la obligación que le impone la concesión y por consiguiente

¹⁹² Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2009, Rol N°648-2007.

la que asume al celebrar el contrato de prestación de servicio con el usuario, siendo por ello responsable de los daños que son la consecuencia de dicho incumplimiento, norma que, por su especialidad, prefiere por sobre aquella que asigna responsabilidad al propietario del animal¹⁹³”.

3.1.1 Concurrencia de responsabilidades entre el concesionario y la Municipalidad. Deber expreso de fiscalización estatal.

Cuando un accidente ocurre por una alteración de los factores de los sectores aledaños a una carretera concesionada, se da un caso especial de concurrencia de responsabilidades entre la sociedad concesionaria, la Municipalidad, los terceros involucrados y el MOP¹⁹⁴. Al respecto, se ha establecido que las sociedades concesionarias son responsables “puesto que en su calidad de adjudicatario[s] tiene[n] el deber de conservación o mantención, y el deber de prestar servicios complementarios. Si se analiza el reglamento de concesión de la obra, es posible observar entre las obligaciones, la de prestar el servicio básico estipulado en forma ininterrumpida e indiscriminada respecto de todo usuario, así como también el deber de actuar con la menor demora posible ante emergencias¹⁹⁵”.

Este deber de fiscalización se recoge en el artículo 29 de la LOC de Concesiones. “No obstante..., el deber de actuación está establecido en términos excesivamente genéricos, por lo que corresponde al juez fijar el estándar de actuación debido para cada caso, para lo cual deberá considerar múltiples aspectos y circunstancias, v.gr., la previsibilidad del daño, la denuncia del riesgo hecha por particulares, el tiempo durante el cual estuvo latente el riesgo, etcétera. Así por ejemplo, en determinados tramos de carreteras concesionadas con mayor habitualidad son lanzadas piedras a la vía, por lo que el ejercicio de sus facultades de policía por la administración respecto de las obligaciones asumidas por el concesionario, v.gr., cercar las pasarelas, en dichos tramos, debe ser más intenso que en aquellos que

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008.

¹⁹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2009, Rol N°10202-2006.

cruzan sectores despoblados y, por tanto, en los cuales dichos atentados no suelen ocurrir.

Lamentablemente, es imposible dar soluciones apriorísticas y absolutas, dado que, tal como sostuvo el *Arret Blanco*, la responsabilidad de la administración del Estado no es general ni absoluta, o lo que es lo mismo, los estándares de la actuación debida cuya infracción importan inactividad administrativa son esencialmente mutables¹⁹⁶.

Otro problema que se plantea es el de saber “si la Municipalidad puede exonerarse de su obligación de mantener la vía por el hecho de entregarla en concesión. Si se estimara que ello es así no habría en estos casos responsabilidad de la Municipalidad. Si, por el contrario, se sostuviera que el ente público mantiene una obligación o relación con el usuario, podría aplicarse la disposición [de responsabilidad]. Es necesario, sin embargo, tener presente que ello no puede ser solucionado en forma categórica, ya que el mal funcionamiento de una vía puede deberse a una situación de descuido generalizada, en cuyo caso podría sostenerse lo segundo, o, caso más probable, aceptarse que la Municipalidad no puede ser demandada para obtener reparación de los perjuicios y que toda la acción debe dirigirse contra el concesionario, en los términos empleados en el Código Civil¹⁹⁷”.

Por otro lado, la doctrina considera que “por regla general no comprometen la responsabilidad de la administración concedente la actividad dañosa de los concesionarios o licenciatarios de servicios. En principio, por los perjuicios que se deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario y no la administración... Las razones que sustentan [esta] posición las podemos sintetizar en los siguientes tres argumentos: a- la inexistencia del requisito de la responsabilidad estatal que exige que sean imputables jurídicamente los daños a órganos que integran la estructura de la administración. El concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado, sino una persona jurídica distinta que actúa per se, a su cuenta y a riesgo, tal como lo disponen la generalidad de los marcos regulatorios; b- la

¹⁹⁶ ROMÁN CORDERO, Cristián A. Op.Cit.

¹⁹⁷ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.146.

privatización de los servicios implicó no solo el traslado de la gestión de la actividad sino también la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación, y entre ellos la responsabilidad patrimonial derivada de su gestión; [y,] c- el resarcimiento de los perjuicios está comprendido en el riesgo propio de la concesión¹⁹⁸.

De esta manera, “el desplazamiento 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. Que el sujeto finalmente responsable sea ese concesionario, sobre la base de una norma legal explícita, es consistente con el régimen general de concesiones. El concesionario responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido delegadamente una función pública. 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 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”.

Sin embargo, “todo indica que el Estado permanece como garante de la prestación del servicio de conformidad con el estándar exigible¹⁹⁹. Así, en el caso de las concesiones camineras, las normas de la ley especial no tienen el efecto de

¹⁹⁸ Ver: PERRRINO, Pablo E. La Responsabilidad Patrimonial de los Entes Reguladores por Incumplimiento de las Funciones de Vigilancia. Servicio Público, Policía y Fomento. En: RAP. La Responsabilidad del Estado y de los concesionarios Derivada de la Prestación de Servicio Públicos Privatizados. Obra Colectiva Contratos Administrativos, Ciencias de la Administración. Buenos Aires, Argentina. 2000.

¹⁹⁹ Así, se ha afirmado que “el usuario podría accionar directamente en contra del Fisco, atendida su titularidad última y efectiva de la obra concesionada, sin perjuicio que después, en aplicación de la regulación legal que rige las relaciones contractuales entre ambos, el Fisco exija que la empresa concesionaria le resarza por las sumas que haya debido pagar en cumplimiento de las sentencias condenatorias que se dicten en su contra, y siempre, en cuanto se trate de elementos de la relación contractual que sean efectivamente de cargo de la empresa concesionaria” (DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.92). En ese mismo sentido ver también: VIÑUELA HOJAS, Mauricio. La Concesión de Obras Públicas en Chile: ¿Privatización de la Responsabilidad del Estado en la Empresa concesionaria? Cuadernos de Extensión Jurídica de los Andes. Universidad de los Andes. (7). 2003.

enervar esa responsabilidad legal, [y] debe entenderse que el Estado conserva una responsabilidad al menos como garante de que el servicio público haya sido correctamente prestado, lo que adquirirá especial importancia en caso de insolvencia del concesionario²⁰⁰”.

Para tales efectos, el Reglamento de Concesiones insta un deber expreso de fiscalización consagrando en su artículo 38 la figura del Inspector Fiscal para efectos de fiscalizar el desarrollo de la obra en concesión, en cualquiera de sus etapas. Al respecto, los artículos 39 y 40 señalan posteriormente que este tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, especialmente las de fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad, las normas técnicas sobre la conservación de las obras y las normas técnicas sobre la operación de las obras. Deberes similares se establecen para el MOP en el artículo 22 letra k) de su Ley Orgánica.

3.1.2 Daños a terceros. Tipo de responsabilidad de las sociedades concesionarias. Contractual vs. Extracontractual. Estatutos alternativos.

El artículo 35 de la Ley de Concesiones 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 MOP, después de haber sido adjudicado el contrato. Adicionalmente, el artículo 62 del Reglamento de Concesiones determina que la sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y a su propiedad, siendo 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 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.

²⁰⁰ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. pp.530-531.

En atención a este marco jurídico, “para algunos existiría una responsabilidad indemnizatoria (legal) derivada directamente del artículo 35²⁰¹”. Así, se ha dicho que “el concesionario responde frente a terceros, por expresa disposición del artículo 35 de la Ley de Concesiones de los daños de cualquier naturaleza que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma les ocasionare, lo que constituye una responsabilidad legal²⁰²”. Esta obligación legal deriva igualmente de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley de Concesiones, y en las disposiciones pertinentes del Reglamento de Concesiones.

Asimismo, cabe tener en consideración que al adoptar esta postura, nos remitimos a la misma discusión que en el caso de la responsabilidad Municipal y del Fisco, en atención a si el régimen aplicable es de carácter objetivo o por culpa. Sin embargo, esa es una discusión que se verá en el segundo capítulo.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, para algunos se trataría de “una responsabilidad contractual de derecho común, ya que entre el usuario y la sociedad concesionaria concurriría un contrato de adhesión, que se perfecciona entre el usuario y la concesionaria al momento de pagar el peaje²⁰³”. Este contrato se caracterizaría por ser “bilateral, oneroso y conmutativo... [y de acuerdo a ello], el deudor responde de culpa leve..., por lo que según lo indicado en el artículo 1.547... [del Código Civil], sólo cabe como eximente de responsabilidad el caso fortuito²⁰⁴”.

²⁰¹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Daños por Accidente Vehicular en Carretera Concesionada Ruta 5 Sur Tramo Talca Chillán. Revista Chilena de Derecho. Santiago, Chile. 35(3). Agosto, 2008.. p.536.

²⁰² DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.82.

²⁰³ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Op. Cit. p.536.

²⁰⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2009, Rol N°9196-2006 (Considerando 2°.) En este caso, sobre estas conclusiones, la Corte de Apelaciones determinó además que “La sociedad concesionaria de la autopista debe velar porque al momento del ingreso de vehículos de carga 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 del País, no adoptan el debido cuidado con la carga que transportan; todo lo cual hace que un accidente de esta naturaleza sea plenamente previsible. 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 en el caso de análisis- un fierro de 4 metros-, no es un hecho imprevisible

De igual forma, se ha afirmado que “en esta relación de derecho privado entre concesionario y usuario, el primero se obliga a prestar el servicio público en las condiciones que le ha señalado la autoridad y el último a pagar el precio que corresponda, lo que precisamente constituye un contrato de prestación de servicios²⁰⁵”. En atención a ello, “probado que la concesionaria incumplió [sus] obligaciones, su incumplimiento se presumirá culpable atendido lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, por lo que le corresponderá a ella probar que actuó con la diligencia debida, en términos tales que si ello no se logra surgirá su obligación de indemnizar los perjuicios causados en base al estatuto de la responsabilidad contractual contemplado en los artículos 1545, 1546, 1547, 1553, 1556, 1557 y 1558 del Código Civil, la que se demandará en la jurisdicción civil, usualmente a través de un juicio ordinario²⁰⁶”.

Asimismo, “tanto la ley del contrato como la obligación de ejecutar los contratos de buena fe imponen a la concesionaria el deber de mantener la vía en condiciones de no producir daños a quienes por allí circulan, obligación que se ve incumplida cuando un animal que ha ingresado a la vía produce un accidente, al colisionar con él uno de los usuarios, sin que pueda atribuirse la producción del daño al propietario del animal,

y por ende falta uno de los requisitos del caso fortuito... 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.” (Considerando 2° y 3°).

²⁰⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2009, Rol N°648-2007 (Considerando 5°).

²⁰⁶ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.85.

porque es quien explota la concesión sobre quien pesa 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... No es aceptable concebir que una empresa que se adjudica la concesión de una ruta de tanto movimiento como es esta que une Santiago con Valparaíso, no adopte, por mandato contractual y por razones básicas de seguridad, todas aquellas medidas que impidan u obstaculicen la libre circulación vehicular, evitando así que a sus usuarios se les produzcan daños con motivo del uso de tal vía concesionada. La ley del contrato le impone esta obligación a la concesionaria, y el artículo 1546 del Código Civil señala, además, la obligación a las partes de ejecutar los contratos de buena fe, imposición legal que no se cumple de mantenerse la vía en condiciones de producir daños a los que por allí circulan.²⁰⁷

En contra de la tesis contractual se ha dicho que de acuerdo a lo señalado en “el artículo 75 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, el peaje es un tributo que puede establecer el Presidente de la República en los caminos, puentes y túneles, como ingreso para mantener dichos servicios, en tanto que el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Concesiones..., establece que la obra entregada en concesión es un servicio público por lo cual el concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente, sin discriminación de ninguna especie a los usuarios, siempre que éstos cumplan con las condiciones del servicio y con el pago previo de las tarifas autorizadas en el contrato de concesión, concluyéndose entonces que no existe entre los usuarios de un camino público y el concesionario del mismo ningún tipo de contrato, sino que al pagar peaje el usuario cumple con una carga tributaria que le impone la ley y no un contrato; y el concesionario, por su parte, tiene la obligación impuesta por la ley en el contrato de concesión celebrado con el Estado, de mantener el camino en condiciones normales para su uso²⁰⁸”.

²⁰⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2008, Rol N°11965-2004 (Considerandos 2° a 4°). En este sentido ver también: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2008, Rol N°2330-2005; Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2008, Rol N°6129-2007; Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2009, Rol N°648-2007; y, Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2010, Rol N°3311-2009.

²⁰⁸ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. pp.85-86.

En base a esto, se ha concluido que “la naturaleza de la responsabilidad que asiste a la sociedad concesionaria tratándose de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o en rutas concesionadas es..., de orden extracontractual, atendida la ausencia de un vínculo jurídico previo entre la víctima directa y la concesionaria²⁰⁹”.

Paralelamente, existen posiciones que establecen responsabilidad a la luz de la responsabilidad por falta de servicio consagrada indirectamente en la redacción del artículo 21 de la Ley de Concesiones, que establece que la sociedad concesionaria cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público. En esta misma línea se ha dicho que “como la responsabilidad indemnizatoria estatal por 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 inadecuada señalización, está regulada expresamente en el artículo 174 inciso 5° de la Ley de Tránsito, ha de aplicarse esta regla a las sociedades concesionarias por lo que su responsabilidad podrá perseguirse en sede civil y acorde a la normas del procedimiento sumario²¹⁰”.

El fundamento doctrinario de esta posición recae en los principios de: (i) inmutabilidad de la garantía de la falta de servicio al tratarse de una obra concesionada; (ii) servicio público funcional; (iii) igualdad de los usuarios ya sea que el sistema lo dirija la administración o una sociedad concesionaria; y, (iv) unificación del derecho de daños²¹¹. En contra de esta última postura, se ha dicho que el artículo 2 de

²⁰⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2010, Rol N°3311-2009 (Considerando 3°). En relación al caso citado, la Corte de Apelaciones determinó 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 ocurrencia de accidentes. Entre esas medidas, ha debido instalar barreras laterales en atención a las particulares características del tramo en que ocurrió el accidente y su entorno, deber que nace del Artículo 23 del DFL N°164 sobre Ley de Concesiones de Obras Públicas, en correspondencia con las pautas normativas y técnicas entregadas en el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad” (Considerandos 4° a 6°).

²¹⁰ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.89.

²¹¹ En este sentido: ROMÁN CORDERO, Cristián A. Op.Cit. p.242.

la Ley de Concesiones establece que el contrato de concesión se rige por las disposiciones y actos ahí referidos, sin aludir siquiera a otros cuerpos legales²¹².

Incluso, se ha erigido una responsabilidad en atención a lo señalado por la Ley de Protección al Consumidor²¹³, la cual ha sido invocada por nuestra jurisprudencia en el caso de los accidentes ocurridos en carreteras concesionadas, cuando este ha devenido por incumplimiento de la sociedad concesionaria de alguna obligación legal establecida para con la misma, considerando a los usuarios de esa vía como consumidores en atención a la definición de consumidor que da el artículo 1 N°1 de la referida ley²¹⁴.

Esta postura, al igual que la tesis contractualista, se sustenta en el hecho que entre el usuario y la concesionaria existe un contrato oneroso de peaje celebrado de forma particular. En ese sentido se ha dicho que “las obligaciones de la concesionaria se contienen en la Ley de Concesiones, en el Contrato de Concesión celebrado con el Ministerio de Obras Públicas y en las Bases de Licitación de la Obra y, si bien, la relación contractual entre ella y el Ministerio Público es de derecho público, 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, en cuanto este marco legal 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, vinculación que a diferencia de la primera, es de naturaleza privada²¹⁵”.

Por otro lado, en el caso de los accidentes en ruta provocados por la presencia de animales en ella, la Ley de Protección al Consumidor se erige como una vía

²¹² En ese sentido: VIÑUELA HOJAS, Mauricio. La Concesión de Obras Públicas en Chile: ¿Privatización de la Responsabilidad del Estado en la Empresa concesionaria? Op. Cit. p.114.

²¹³ Otras teorías en extremo minoritarias establecen la responsabilidad indemnizatoria como derivada de infracciones a la Ley de Tránsito o como infracciones a la Ley de Concesiones, ante Juzgados de Policía Local. En ese sentido ver: DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. pp.90-91.

²¹⁴ Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios.

²¹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 19 de abril de 2007, Rol N°22-2007.

alternativa mucho más asequible que las responsabilidades establecidas a la luz del Código Civil y de la Ley de Tránsito antes vistas. Al respecto, se ha dicho que “sin perjuicio de las responsabilidades del propietario del animal conforme establecen los artículos 2326 del Código Civil y 165 N° 11 de la Ley N° 18.290, el querellante y demandante civil, tiene también el derecho a accionar en contra de la concesionaria, quien en virtud del contrato oneroso de peaje celebrado entre las partes, adquirió las obligaciones cuyo incumplimiento se enmarca en la Ley N° 19.496, sobre los derechos de los consumidores, responsabilidades de naturaleza civil e infraccional que tienen como se ha dicho su sustento normativo en las disposiciones contenidas en la Ley de Concesiones, en el contrato de Concesión de la Obra y en las Bases de Licitación de ella, por lo que, en consecuencia, las 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 sí²¹⁶”.

3.2 D.F.L N°850 sobre Construcción y Conservación de Caminos.

3.2.1 Tipos de caminos. Responsabilidad de la Dirección de Vialidad.

La Ley de Caminos hace una clasificación exhaustiva de los diferentes tipos de caminos y vías existentes en nuestro país, utilizando una terminología evidentemente más restringida que la Ley de Tránsito. Esto resulta especialmente importante si consideramos que la responsabilidad de Municipalidades y sociedades concesionarias es de carácter territorial. En efecto, las Municipalidades sólo son responsables de lo que ocurra en caminos públicos, en atención al artículo 589 del Código Civil, y las sociedades concesionarias responden de lo que ocurra en la faja de terreno que le ha sido concedida en atención a su respectivo contrato y a las bases de licitación²¹⁷.

²¹⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 19 de abril de 2007, Rol N°22-2007.

²¹⁷ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de mayo de 2009, Rol N°48-2009; y, Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de noviembre de 2007, Rol N°1749-2005.

En este sentido, el artículo 24 de la Ley de Caminos dispone 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 esta ley, las calles o avenidas que unan caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas. Estos caminos podrán ser nacionales o regionales²¹⁸.

Asimismo, establece que son puentes de uso público, las obras de arte construidas sobre ríos, esteros, quebradas y en pasos superiores, en los caminos públicos, o en las calles o avenidas que se encuentren dentro de los límites urbanos de una población. Cabe igualmente tener en consideración que el artículo 26 dispone que todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido. Sin embargo, esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio. Esta disposición resulta extremadamente útil a fin de probar cuando la titularidad de una vía, y por ende la mantención de la misma, corresponde o no las Municipalidades.

De igual forma, cabe tener presente el criterio de la Contraloría General de la República, quien distingue “entre caminos públicos propiamente tales, es decir aquellos situados fuera de los límites urbanos de una comuna, y caminos públicos declarados como tales por decreto supremo, que no son sino calles o avenidas situadas dentro de los límites urbanos, que unen caminos públicos propiamente tales y que, para estos efectos especiales, se les asimila a los primeros mediante un acto formal²¹⁹”.

En cuanto a las responsabilidades que consagra, el artículo 18 dispone que a la Dirección de Vialidad²²⁰ 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

²¹⁸ Artículo 24 de la Ley de Caminos.

²¹⁹ Dictamen N°5207 de la Contraloría, de 12 de febrero de 2001.

²²⁰ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de mayo de 2009, Rol N°48-2009.

Dirección General de Obras Públicas. Luego, establece que la conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios.

Al respecto, el organismo contralor concluye que “las facultades municipales relacionadas con (...) la instalación y mantención de la señalización del tránsito en las zonas urbanas, no pueden verse alteradas por el hecho que una vía urbana haya sido declarada como camino público por decreto supremo, toda vez que (...) la referida declaración sólo tiene efectos para la aplicación de las normas especiales que regulan dichas rutas²²¹”.

Conforme a lo razonado, resulta que “las Municipalidades son competentes para modificar, eliminar o agregar señales de tránsito en las zonas urbanas incluyendo los caminos públicos ubicados en dichas zonas, declarados como tales por decreto supremo, en tanto que la Dirección de Vialidad ejerce dicha competencia sobre los caminos públicos propiamente tales²²²”.

3.2.2 Regulación de los terrenos adyacentes a los caminos.

Considerando que una de las principales causas de accidentes en vías públicas es precisamente el desprendimiento de ramas o la caída de árboles, cabe tener presente que el artículo 30 de la Ley de Caminos establece que el Presidente de la República reglamentará la plantación de árboles o cercas vivas en los espacios laterales o en los terrenos adyacentes hasta una distancia de 20 metros, pudiendo en casos calificados e indispensables, disponer la corta de aquellos árboles que perjudicaren la conservación o visibilidad de los caminos.

Esta disposición, si bien no libera a la Municipalidades de su responsabilidad de poda y tala de árboles cuando se trata de vías urbanas, si viene a zanjar en parte la problemática de legitimación pasiva en los caminos rurales y en carreteras, por cuanto asigna específicamente la responsabilidad al Presidente de la República y no a las sociedades concesionarias ni a los respectivos Municipios.

²²¹ Dictamen N°5207 de la Contraloría, de 12 de febrero de 2001.

²²² Idem.

En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que el referido artículo 30 establece “facultades para intervenir los terrenos adyacentes hasta una distancia de 20 metros, facultad que no puede ser ejercida por la Dirección de Vialidad, desde que no ha sido reglamentada por el Presidente de la República, pues significa, indudablemente, intervenir terrenos adyacentes²²³”, con la consecuente vulneración del derecho de propiedad de los titulares.

De esta forma, existen casos de accidentes por caída de árboles en que “cualquiera sea la distancia a que se ubicare dentro del predio en relación con el camino, son sus dueños eventualmente responsables del siniestro ocasionado y no el Estado, ya que éste mal ha podido intervenir la propiedad, considerando sus facultades legales no reglamentadas²²⁴”. En efecto “corresponde al que tiene a su cargo el predio el mantenimiento del mismo y la adopción de las medidas de seguridad asociadas, máxime si el predio es de aquellos que se ofrece al público, en que tiene un interés turístico y respecto del cual se obtiene un ingreso patrimonial²²⁵”.

Este razonamiento lleva a concluir que en el caso en que no se pueda establecer la participación o responsabilidad de los dueños de la faja de terreno en cuestión, el accidente necesariamente sea considerado como materia de caso fortuito²²⁶. Sin embargo, el artículo 18 de la misma ley establece que la Dirección de Vialidad podrá considerar, en coordinación con las demás entidades que corresponda, la plantación, forestación y conservación de especies arbóreas, de manera que no perjudiquen y más bien complementen la conservación, la visibilidad y la seguridad vial. Asimismo, establece que sin perjuicio de las facultades de la Dirección, ésta se coordinará con las Municipalidades respectivas y los propietarios colindantes, para los efectos del cuidado y mantención de la faja y su vegetación.

²²³ Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de enero de 2010, Rol N°306-2008 (Considerandos 19° a 23°).

²²⁴ Ibid (Considerando 25°).

²²⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de enero de 2010, Rol N°306-2008 (Considerando 6°).

²²⁶ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de enero de 2010, Rol N°306-2008.

Por otro lado, el mismo razonamiento puede esgrimirse respecto de todo tipo de elementos amenazantes a la seguridad vial. Ejemplo de ello es la publicidad adyacente en carreteras y caminos rurales, las que sin la regulación adecuada representan un peligro igual o menor que los árboles en mal estado.

Al respecto, el artículo 38 de la Ley de Caminos establece que queda prohibida la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país. La colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad.

Sobre esto último, las mismas autoridades en materia de señalización han determinado que “uno de los problemas que debe resolverse es el de la colocación adecuada y ajustada a la ley de la señalización en calles y caminos, en cuanto puede implicar propaganda de determinados productos, establecimientos o servicios, lo que está prohibido en forma expresa. Interesará también de manera importante establecer qué es y qué no es propaganda, para determinar lo que es posible y se debe señalar, debido a que la legislación se limita a disponer en el inciso tercero del artículo 103 de la Ley de Tránsito que no podrá colocarse propaganda ni otro elemento que afecte la debida percepción de las señales del tránsito.

Finalmente, el N°6 del artículo 165 de la misma ley, ordena que las vías públicas deberán destinarse a cumplir su objetivo, con prohibición de colocar propaganda y otros objetos que puedan entorpecer el tránsito de peatones o vehículos. La dificultad radica, en que la ley no ha definido qué debe entenderse por propaganda, dando lugar a diferentes interpretaciones y a la existencia de señalización de características oficiales, debidamente autorizada, que no cumple con la ley²²⁷.

3.3 Estatutos legales alternativos. Regulación Sanitaria y Laboral.

El artículo 92 del Código de Aguas señala que respecto de las substancias, basuras, desperdicios y otros objetos similares, que alteren la calidad de las aguas de los canales, será responsabilidad de las Municipalidades respectivas, establecer las

²²⁷ Diagnostico de la Señalización Urbana. Subsecretaría de Transportes, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Agosto 2009. pp.5-3.

sanciones a las infracciones de este artículo y obtener su aplicación. Además, dentro del territorio urbano de la comuna, las Municipalidades deberán concurrir a la limpieza de los canales obstruidos por basuras, desperdicios u otros objetos botados en ellos.

Sin perjuicio que la materia dista mucho del tema en comento, es importante mencionarlo brevemente precisamente por el razonamiento que la jurisprudencia ha hecho en torno a esta disposición, y que ayuda a cerrar en cierta forma el marco normativo presente. En efecto, esta disposición ha sido asociada a las obligaciones establecidas en los artículos 3 y 25 de la LOC de Municipalidades en relación al aseo y ornato de las vías públicas, y como toda circunstancia que lo afecte puede generar responsabilidad de las Municipalidades si es que ello conlleva un accidente de proporciones.

En este sentido, sería posible responsabilizar a las Municipalidades incluso por fenómenos naturales que causen situaciones desastrosas que provoquen accidentes a las personas, tales como aluviones, desbordes o casos similares. Este ha sido el criterio adoptado en algunos casos por la jurisprudencia, al establecer que “la construcción, reparación o mantención del sistema de desagüe de aguas lluvias es de responsabilidad de la Municipalidad, en su calidad de administradora de los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna²²⁸”.

De igual forma, en ciertos casos, se ha invocado el artículo 11 del Código Sanitario a fin de establecer la responsabilidad de las Municipalidades²²⁹, por cuanto este establece que sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salud, corresponde, en el orden sanitario, a las Municipalidades:

- (i) Proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de sitios públicos, de tránsito y de recreo;
- (ii) Recolectar, transportar y eliminar por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía urbana;

²²⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de diciembre de 2000, Rol N°1537-2000.

²²⁹ En ese sentido ver. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de marzo de 2008, Rol N°483-2007.

- (iii) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que sobre higiene y seguridad se establecen en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización;
- (iv) Reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de las casas-habitación, fábricas, edificios públicos, cuarteles, conventos, teatros y otros locales públicos y particulares;
- (v) Establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos y niños, así como baños y servicios higiénicos públicos; y
- (vi) Proveer a la limpieza y conservación de los canales, acequias y bebederos, considerando además las condiciones de seguridad necesarias para prevenir accidentes.

Por último, existen ciertos fallos que han asentado un criterio en que la responsabilidad, y en general, las consecuencias de un accidente provocado por el mal estado de una vía pública, son colocados dentro del margen legal de la Ley de Accidentes del Trabajo, considerándose como tal si el accidente ocurre en el trayecto entre el hogar y el lugar de trabajo de la víctima.

En ese sentido, se dijo que “por haber ocurrido el accidente en la vía pública, [se trataría de un] suceso que la ley N° 16.744 asimila a las normas que regulan los accidentes del trabajo, mediante la ficción legal de considerar que son de esta clase de siniestros, los que se producen en el trayecto directo de ida o regreso entre la habitación y el lugar de trabajo, lo que era motivo para considerar que las lesiones sufridas por la demandante estaban cubiertas por la ley N° 16.744 de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, pese a acontecer éste en la vía pública²³⁰”.

Frente a ello, la asimilación de estatutos no fue rechazada de plano, sino que se consideró por parte de la Corte Suprema que “debe tenerse presente que la letra b) del artículo 69 de la misma ley N°16.744, le permite a la persona que ha sufrido un accidente del trabajo, la facultad de poder impetrar, incluso demandando a terceros, aquellas otras indemnizaciones a que tengan derecho, ya que dicho artículo así lo señala textualmente²³¹”. En efecto, el referido artículo dispone que la víctima y las

²³⁰ Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008 (Considerando 19°).

²³¹ Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008 (Considerando 19°).

demás personas a quienes el accidente cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

De esta forma, “según la norma transcrita, es preciso tener presente que los beneficios concedidos por la ley N°16.744, a los trabajadores que sufren accidentes del trabajo, incluyendo en éstos a los acaecidos en las vías públicas durante el trayecto de ida o regreso de su hogar al lugar de la faena, no excluyen las acciones a las que por el derecho común puedan ejercer las víctimas de esos accidentes, en contra de los terceros responsables, situación en la que queda comprendida la... [Municipalidad], debido a la responsabilidad que le compete, pues está legalmente obligada a mantener la señalización adecuada en los lugares de peligro que se producen en las vías públicas²³²”.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

1. ELEMENTOS COMUNES QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

1.1 Acción u omisión imputable y antijurídica.

²³² Idem.

Podemos definir el concepto de acción administrativa como “el comportamiento material que representa la actividad física de los órganos de la administración por medio de los cuales el Estado u otro sujeto de Derecho Público realiza una actividad administrativa²³³”. De esta forma, la acción debe ser necesariamente imputable a la administración, entendiendo por tal “una constatación jurídica que tiene por objeto determinar a quién se le atribuye jurídicamente la obligación de reparar el daño ocasionado y bajo qué supuesto²³⁴”; y cuyo fundamento recae en la Teoría del Órgano, la cual requiere “la existencia de un funcionario público que haya actuado en ejercicio de sus funciones (órgano funcionario) y que cause un daño... o bien, la deficiencia del órgano en sí...sin considerar a un funcionario en particular o en general. Gracias a esta teoría, se desechan otros criterios de imputación de responsabilidad bastante defectuosos, como la teoría del mandato y la teoría de la representación²³⁵⁻²³⁶”.

A esto agregamos, que para configurar una hipótesis de responsabilidad por accidentes por desperfectos viales se requiere que se trate de una acción antijurídica, lo cual descarta de plano la posibilidad de responsabilidad por actos lícitos de la administración. En efecto, si bien reconocemos que parece ser una postura mayoritaria de la doctrina la posibilidad de responsabilidad patrimonial general de la administración por actos lícitos, lo cierto es que en materia de accidentes por desperfectos viales esa situación es inexistente. Los accidentes son consecuencia de fallas en el diseño, construcción, reparación, fiscalización o señalización de las vías públicas, lo cual,

²³³ DIEZ, Manuel María. El Acto Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina. 1956. p.69.

²³⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.264.

²³⁵ Ibid, p.267. En ese sentido ver también: SANHUEZA ACOSTA, Ricardo. Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. Marzo, 2005.

²³⁶ La doctrina, por su parte, ha identificado ciertos criterios de imputación en virtud de los cuales generar responsabilidad pública tales como: (i) que el riesgo creado por la administración sea un riesgo general, esto es, que pueda afectar a un grupo de personas o bienes identificables; (ii) que se trate de un riesgo inherente al servicio; (iii) que no se trate de riesgos socialmente admitidos; o, (iv) que dicho riesgo se realice en el resultado lesivo (En este sentido ver: - BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e Imputación de Daños por el Funcionamiento de los Servicios Públicos. Madrid, España. Editorial Tecnos S.A. 1997.pp.97-98.).

dadas las obligaciones legales establecidas en el capítulo anterior, siempre implica ya sea una falta de acción o una acción incompleta o negligente.

En ningún caso veremos responsabilidad administrativa por ejemplo, por una señalización correctamente ejecutada o por haberse fiscalizado la poda de árboles. Ello, principalmente porque la responsabilidad del Estado frente a actos lícitos se fundamenta en el principio de igualdad de distribución de las cargas públicas, en virtud del cual nos encontramos ante una situación en que “se impone a los afectados una carga que no les resulta exigible soportar y el derecho da lugar a una acción indemnizatoria²³⁷”; y, siendo que en estos casos no existe ningún grado de carga que el administrado se vea obligado a soportar (nadie está obligado a soportar baches en las vías públicas o caídas de árboles por falta de poda o accidentes por error o falta de señalización, por muy mínimo que sea) entonces la hipótesis simplemente no se configura.

De esta forma podemos establecer que, en consecuencia, la administración responde por hechos materiales que causan daños a los administrados; y, si bien con este concepto buscamos establecer el criterio más general posible, inevitablemente identificamos dos conflictos interpretativos relevantes, a saber: (i) si de la mera definición de acción administrativa puede colegirse una postura determinada a favor de un régimen de responsabilidad específico; y, (ii) cuales son los criterios para establecer la imputabilidad de la acción.

En el primer caso, la apreciación o interpretación que se haga de la definición de acción administrativa antijurídica puede implicar la consagración de un régimen de responsabilidad determinado. Por una parte, hay quienes sostienen que exigir la antijuridicidad de la acción llevaría a concluir que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución establece este requisito solo desde la perspectiva de una responsabilidad por culpa, es decir, llevaría implícita una exigencia de culpa o dolo en la forma de falta de servicio.

Los que sostienen la posición contraria estiman que esta distinción, si bien es válida en el Derecho Civil donde el actuar ilícito, delito o cuasidelito, no tiene su fundamento en la ilicitud propiamente tal sino en el actuar doloso o culpable del actor,

²³⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.487.

no se aplica en materia de Derecho Público. En este último caso, “la ilicitud se configura por actuar al margen de la Constitución, es decir, al infringir el principio de juridicidad (artículos 6 y 7 de la CPR) independiente de la existencia de culpa o dolo de su autor, el cual puede constituir un elemento de la ilicitud, pero no su fundamento²³⁸”. En efecto, la misma antijuridicidad podría apreciarse desde una noción puramente objetiva si es que definimos a los actos antijurídicos como “aquellos que adolecen de vicios o defectos por haber sido dictados con omisión de algún requisito formal o sustancial impuesto por el ordenamiento jurídico²³⁹”, prescindiendo de cualquier alusión a criterios de culpa o dolo.

No obstante, la objetividad que se pueda imprimir al acto antijurídico no está exenta de problemas. En efecto, en este caso la “ilicitud del acto se mira en cuanto a si éste cumple los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley, para justificar su actuar pero no considerando necesariamente si el daño que genera es antijurídico o no. En otras palabras, si el acto fue creado respetando los artículos 6 y 7 y se justifica el actuar de la administración, dicho acto será lícito, independientemente que en su aplicación concreta colisione con otro derecho que esté a favor del administrado²⁴⁰”. Es precisamente en este caso que recibe su mayor aplicación el principio pro-administrado. Sin embargo, esta aplicación queda entregada netamente al criterio jurisprudencial de turno.

En el segundo caso, en relación a las consecuencias jurídicas de las omisiones antijurídicas²⁴¹, en atención al criterio de falta de servicio la doctrina ha establecido que estas deben ser consideradas como una actuación negativa. Esto es, “no como un mero no hacer nada, sino un no hacer la acción decretada²⁴²”, siendo esta hipótesis precisamente lo más recurrente en materia de accidentes por desperfectos en la vía

²³⁸ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.135.

²³⁹ Ibid, p.239.

²⁴⁰ Ibid, p.240.

²⁴¹ Cabe tener en consideración que “los casos de omisión en la jurisprudencia han sido encuadrados dentro de la responsabilidad por falta de servicio o, dicho de otra manera, la responsabilidad por falta de servicio ha sido interpretada por algunos como responsabilidad por omisión. Ibid, p.261.

²⁴² GOLDEMBER, Isidoro. La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atea.1984. p.200

pública por la omisión de señalética o de resguardos necesarios para evitar accidentes. En consecuencia, es requisito fundamental que exista un deber normativamente impuesto.

Frente a ello, nos encontramos con una serie de casos en que la omisión demandada que ha ocasionado daños no se encuentra regulada por la ley, por ejemplo, lo señalado respecto de la señalética vial adecuada determinada por el Ministerio correspondiente. Al respecto, la doctrina reconoce que “la ausencia de regulaciones específicas y concretas respecto de la actividad de la administración que fijan la forma en que se deberá llevar a cabo su quehacer como también los niveles mínimos del servicio, ocasiona un delicado problema para los jueces [al] evaluar si el comportamiento llevado a cabo por la administración fue regular o irregular, y, por ende, [si] configuró una falta de servicio.

En tales casos, la administración responderá cuando transgreda o no alcance los estándares medios y comparativos de actuación que deberán ser fijados por los tribunales, lo cual trae aparejado un serio riesgo, pues si se fijan ficticiamente los niveles de normalidad de los servicios por encima de lo que acontece en la realidad se producirá la admisión generalizada de la responsabilidad, y si por el contrario, el parámetro se determina muy por debajo del rendimiento real, la responsabilidad pasará a ser algo excepcional.

Por tal motivo, para la determinación de estos estándares de rendimiento medio del servicio, deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos. Es evidente entonces, que no existe una pauta fija y única aplicable en todos los tiempos y lugares²⁴³.

Al respecto, “cabe recordar que los entes reguladores tienen como finalidad principal ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación de los servicios públicos. En particular a ellos les corresponde: a- hacer cumplir las disposiciones del marco regulatorio y del contrato de concesión [cuando corresponda]; b- velar por la calidad y la seguridad de los servicios que presta su regulado; prevenir conductas anticompetitivas y monopólicas; c- aplicar sanciones a las empresas por

²⁴³ PERRINO, Pablo E. Op. Cit. p.10.

incumplimiento de las obligaciones asumidas; d- aprobar -en aquellos casos que corresponda- los planes de mejoras y expansión del servicio y controlar su cumplimiento; e- atender los reclamos de los usuarios: f- aprobar los cuadros tarifarios; [y], g- propiciar ante el Poder Ejecutivo la cesión, prórroga o caducidad del contrato [también cuando corresponda]²⁴⁴”. Así, “el incumplimiento radical o parcial de cualquiera de las obligaciones que pesan sobre los entes... en la medida que configure una falta de servicio puede comprometer su responsabilidad patrimonial²⁴⁵”.

Así, la omisión “es sancionable porque el incumplimiento de un hecho ordenado por el derecho implica una violación de la ley, un apartamiento ilícito de sus disposiciones... En cambio, si la omisión no se relaciona con hecho alguno cuyo cumplimiento esté impuesto por la ley, la referida omisión, por no agraviar el derecho ajeno, no es sancionable, siendo por tanto, lícita²⁴⁶⁻²⁴⁷”.

1.2 Daño o perjuicio.

Tratándose de la responsabilidad de la administración del Estado, no basta con que exista el daño o perjuicio, sino que este debe cumplir con ciertas características especiales. Debe ser un perjuicio cierto, directo²⁴⁸, que provenga de terceros (en este

²⁴⁴ Ibid, pp.8-9.

²⁴⁵ Ibid, p.9.

²⁴⁶ MARIENHOFF S., Miguel. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Buenos Aires, Argentina. Editorial AbeledoPerrot. 2001. p.65.

²⁴⁷ Esta discusión, llevada a un contexto municipal, también ha implicado que la jurisprudencia emita una opinión respecto de ciertos problemas de legitimación pasiva. Así, la Corte Suprema ha establecido que “las Municipalidades, por su propia ley y los principios asentados en la Constitución y la ley de Bases de la Administración del Estado, son responsables por omisión del deber de cuidado que le impone su situación de garantes del estado en que se encuentran las calles y de la señalética que advierta sobre su situación. De esta manera, un accidente provocado por el mal estado de las mismas la vuelve responsable por omisión, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el funcionario respectivo, no pudiendo excusarse por la supuesta omisión de otro organismo eventualmente implicado”. (Sentencia Corte Suprema, 27 de agosto de 2009, Rol N°6977-2007).

²⁴⁸ Esto implica que “la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia debe ser consecuencia inmediata y necesaria del hecho que la provoca, es decir, sólo es indemnizable el daño o lesión que puede imputarse a

caso la administración) y además debe ser antijurídico²⁴⁹, o “lo que es lo mismo, que constituya una lesión, como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución²⁵⁰”.

El daño aquí referido consiste en “aquel perjuicio o detrimento que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar²⁵¹”. Esta definición, que pone una cortapisa a la proliferación excesiva de demandas contra el Estado evitando que este responda por cualquier motivo, recoge el principio de igualdad en la distribución de cargas públicas. En ese sentido, la jurisprudencia comparada, ha utilizado esta idea restringiendo la responsabilidad estatal al decir que “en caso de accidente de circulación en la carretera, caminos, canales, etc., se exige que aquel haya sucedido por consecuencia de un defecto de mantenimiento que presente un carácter anormal y negligente²⁵²”. En Chile, los casos más emblemáticos son aquellos que establecen responsabilidad por accidentes causados por la caída de árboles o bien por desperfectos en la salida inmediata de una residencia particular.

Así, nos encontramos con que bajo un criterio de distribución de costos, la administración ha considerado que ciertos riesgos, y por ende ciertos daños, deben ser soportados por los particulares frente a la imposibilidad estatal de cubrir todos los eventuales casos de accidentes. Al considerar que existen casos en que las consecuencias patrimoniales de un accidente podrían ser soportadas por la víctima, se requerirá necesariamente que esta demuestre la negligencia de la administración en la reparación o fiscalización a fin de poder obtener una reparación patrimonial, con todas las desventajas probatorias que ello conlleva.

De esta forma, la interpretación a su favor que la administración ha hecho de este principio representa una desventaja directa en contra de la víctima, lo cual se observa en la jurisprudencia cuando afirma que “en el caso de daños causados a peatones o vehículos por la caída de árboles plantados al borde de la carretera, habrá que probar defecto en su mantenimiento por parte de la administración”, o bien que en

la acción de la administración, sin que sea condición de su existencia otro hecho indispensable para la producción del resultado dañoso” (SANHUEZA ACOSTA, Ricardo. Op. Cit. p.97).

²⁴⁹ En ese sentido: SANHUEZA ACOSTA, Ricardo. Op. Cit., y, HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit.

²⁵⁰ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.274.

²⁵¹ Idem.

²⁵² Arret *Fierfol*, 25 de mayo de 1900.

los accidentes (con resultado de daño) por desprendimiento de rocas en la carretera, también es necesario probar la negligencia administrativa.

Esto último es especialmente relevante, por cuanto doctrinariamente el principio de igualdad en la distribución de cargas públicas ha sido visto como una salida a las críticas de las que es objeto el sistema de responsabilidad objetiva, precisamente por la enorme posibilidad que entrega de establecer la responsabilidad del Estado frente a todo caso. En efecto, el principio de igualdad de distribución de las cargas públicas busca suplir las faltas que presenta el concepto de falta de servicio en su sentido original o tradicional. Sin embargo, al exigir que se pruebe la negligencia o culpabilidad del órgano que haga que el perjuicio soportado por los administrados no sea proporcional ni justificable, se instaura un criterio de atribución de responsabilidad que aminora las posibilidades de indemnización de las víctimas²⁵³.

Por otro lado, vemos que al igual que en materia civil, el principio fundamental respecto de los daños es el de la reparación íntegra. Así, se ha dicho que “el Estado responde de todo daño, según las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, de modo que su responsabilidad puede ser tenida por integral²⁵⁴”. De igual forma, se ha establecido que “en materia de responsabilidad por desperfectos viales no hay norma especial ni razón jurídica alguna para establecer discriminación entre la reparación civil y la administrativa. La jurisprudencia extiende indistintamente la reparación al daño patrimonial y al moral, en términos tales que no existen diferencias respecto de los criterios de determinación de los perjuicios indemnizables, incluida la discutible tendencia a considerar la solvencia del Fisco al fijar el monto de la indemnización²⁵⁵”.

En el caso del daño patrimonial o material, específicamente en cuanto al lucro cesante, se trata de un concepto indemnizatorio raramente utilizado en materia de

²⁵³ Así, se ha dicho que “esta conclusión queda confirmada si se toma en cuenta que la defensa de la Municipalidad argumentó que era absurdo imputarles responsabilidad porque de lo contrario estaría obligada a mantener permanente vigilancia en las más de 1500 obras que por año se ejecutan en la comuna” (HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.193.).

²⁵⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.502.

²⁵⁵ Idem.

responsabilidad patrimonial estatal por desperfectos viales²⁵⁶. Solo excepcionalmente se ha indemnizado al cumplirse ciertos requisitos específicos que en la práctica resultan escasos. Así, la doctrina ha dicho que “la utilidad cuya reparación se reclama tiene que ser lícita, cierta -determinada o determinable- y vinculada causalmente con el hecho ilícito.

Numerosos casos..., indican a su respecto que [el lucro cesante] no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia, pero tampoco en... la absoluta seguridad de que ésta habríase obtenido; para que sea indemnizable, basta, pero también, es suficiente, la existencia de una cierta posibilidad objetiva de que se habría obtenido un beneficio según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso; el lucro cesante solo comprende las ganancias dejadas de percibir a consecuencia del accidente, pero hasta que se dio alta al lesionado...; se determina sobre la base de las últimas ganancias obtenidas por la víctima del hecho ilícito; y..., para ser admitido, requiere una prueba concreta de las pérdidas sufridas²⁵⁷.

Siendo esto así, nuestra jurisprudencia en la materia no suele conceder indemnizaciones por concepto de lucro cesante, principalmente por la debilidad probatoria del mismo, privilegiando así al daño emergente y al daño moral. En este último caso, vemos que más que una etapa probatoria del mismo, lo que se ha dado con generalidad es una presunción de daño moral principalmente por las características especiales de los casos sometidos a decisión del tribunal.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio que tal presunción se analizará con mayor detalle en el apartado siguiente, podemos observar inicialmente ciertos criterios específicos dado que el daño moral es el que mayor desarrollo ha tenido en la jurisprudencia de accidentes por mal estado de las vías, definiéndose en estos casos como “el pesar, dolor, angustias o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos, por lo que de acuerdo a su concepto

²⁵⁶ En ese sentido ver: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Op. Cit.

²⁵⁷ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit.

es de naturaleza inminentemente subjetiva y, por lo tanto, para su regulación los tribunales deben establecerlo de acuerdo a la equidad y prudencia²⁵⁸.

De igual forma, es definido por la jurisprudencia como “la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella. En otras palabras, el daño moral deriva de la lesión de un derecho cuando los efectos de ésta no sólo menoscaban los intereses jurídicamente tutelados por la norma, sino que penetran la intimidad de la víctima y de quienes forman parte de su círculo más próximo, afectando sus sentimientos, expectativas y afectos y, en general sus valores de afección (intereses extrapatrimoniales)²⁵⁹”. Para que sea indemnizable, el daño moral requiere ser cierto, esto es “que sea real y no hipotético²⁶⁰”. Asimismo, solo se concederá indemnización por daño moral respecto de aquellos “quienes acrediten haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo y verdadero²⁶¹”.

Con todo, en general se trata de un concepto que “por su propia naturaleza no tiene parámetros fijos para su apreciación, la que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y la entidad del daño sufrido, además de las relaciones existentes entre la víctima y quien la pretende. Por lo mismo, la regulación del monto de la indemnización ha de hacerse prudencialmente por los jueces del fondo, quienes deben hacerlo tomando en cuenta todos los factores propios del proceso²⁶²”.

²⁵⁸ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008. En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008, Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007; Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007; y, Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de junio de 2008, Rol N°123-2008.

²⁵⁹ RODRÍGUEZ GREZ. Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999. p.308,

²⁶⁰ Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008 (Considerando 16°).

²⁶¹ Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005 (Considerando 16°, Sentencia Corte de Apelaciones).

²⁶² Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que en estos casos “una indemnización en modo alguno puede convertirse en una fuente de lucro o ganancia pecuniaria extraordinaria, por ende, los montos a regular por la misma deben ser prudentes y equitativos²⁶³”. “El daño queda sometido a ciertos principios. El primero de esos es el de la equivalencia entre el daño y la reparación. Ésta no debe ser inferior al perjuicio, ni tampoco superior a él²⁶⁴”. “El artículo 2329 del Código Civil hace indemnizable todo daño, es decir, todo detrimento, perjuicio, menoscabo, molestia o aflicción, y ante la ausencia de parámetros objetivos en nuestra legislación para determinar la cuantía de su indemnización, ella queda entregada en último término a los principios de equidad y a la prudencia del sentenciador²⁶⁵”.

Teniendo esto en consideración, encontramos algunos criterios comunes a la responsabilidad civil en general, y otros específicos a esta hipótesis de responsabilidad. Dentro de los criterios generales²⁶⁶, la jurisprudencia ha recurrido a la magnitud de las lesiones acreditadas, el tiempo que la víctima ha permanecido en terapia, el período de recuperación²⁶⁷, la existencia o carencia de previsión o cobertura médica, los dolores sufridos o el estado de discapacidad posterior al accidente. En el caso de las consideraciones especiales al caso, las más frecuentes son la relación de parentesco, la proximidad de muerte de la víctima en atención a su edad²⁶⁸, el hecho de fallecer instantáneamente en el accidente, y si se ejercían las funciones de la forma determinada, sobre todo en el caso de funcionarios municipales²⁶⁹.

A modo ejemplar, la Corte Suprema determinó en cierta ocasión que “la valoración del daño moral inferido, corresponde al órgano jurisdiccional, quien para el

²⁶³ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerando 5°).

²⁶⁴ Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.

²⁶⁵ Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005 (Considerando 14°).

²⁶⁶ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008.

²⁶⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008.

²⁶⁸ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008.

²⁶⁹ En este sentido: Idem. Al respecto, la Corte Suprema consideró que había responsabilidad de la Municipalidad de Villarrica por cuanto la víctima, fallecida en un accidente automovilístico mientras manejaba un automóvil fiscal, si bien era funcionario municipal no era chofer, sino que trabajaba como encargado de bodega.

efecto deberá tomar en cuenta las circunstancias especiales que rodean al caso en particular. Entre ellas, se tendrá especialmente presente la avanzada edad de los demandantes, que incide en la mayor repercusión del daño en relación a una persona joven con mayores posibilidades de rehabilitación; la calidad de minusválidos que ellos ostentan, al padecer uno la ceguera total y la otra una ceguera legal, lo que implica una mayor susceptibilidad a la fobia social ...; y también se considerará, la exposición imprudente de los demandantes al daño sufrido, toda vez que por su edad y condición, era aconsejable la utilización de un guía o lazarillo que ilustrare sus movimientos, cuestión que como se acreditó no hicieron y que por cierto incidió en el resultado²⁷⁰”.

1.3 Relación de causalidad.

En general, “la relación de causalidad no suele plantear problemas conceptuales significativos y da lugar a complejidades sólo en casos excepcionales. El problema que se plantea con más frecuencia se refiere a la concurrencia de infracciones de la víctima y del demandado, lo que deviene en una comparación de la relevancia relativa de las conductas de las partes en la producción del accidente. En esas situaciones, la causalidad suele tornarse en el elemento decisivo para atribuir responsabilidad²⁷¹”.

Como requisito fundamental de responsabilidad, sea objetiva o por culpa, la jurisprudencia ha dicho que “se genera responsabilidad estatal cuando la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y existe un nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido²⁷²”. Es decir, se requiere que el daño sea la consecuencia de ese actuar.

Este requisito está expresamente contemplado en el artículo 2314 del Código Civil al señalar que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a

²⁷⁰ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008 (Considerando 31°).

²⁷¹ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.723.

²⁷² Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerando 22° y 24°, Sentencia Primera Instancia).

otro, es obligado a la indemnización²⁷³, y en general es definido como “la relación entre un hecho y el perjuicio que le es imputado²⁷⁴, o “el vínculo que debe existir entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio²⁷⁵”.

Dentro de la normativa propia en materia de accidentes en vías públicas, la jurisprudencia ha considerado que en atención a “las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, necesariamente debe concluirse que el artículo 174 de la Ley del Tránsito, exige para la procedencia de la responsabilidad civil del ente Municipal, que los daños sean una consecuencia directa del mal estado de las vías públicas²⁷⁶”. Igualmente, se ha dicho que esta norma “discurre sobre la base de una causalidad en que el único factor desencadenante del accidente es el mal estado de la vía pública, su falta o inadecuada señalización²⁷⁷”.

Asimismo, se ha señalado que esta causalidad requiere la existencia de una obligación legal de cuidado y mantenimiento que, sin embargo, no siempre resulta ser expresa sino que se desprende de todos los razonamientos, e incluso, del criterio jurisprudencial al momento de entablarse la demanda²⁷⁸.

La doctrina por su parte, ha dicho que “si el sistema de responsabilidad está basado en la culpa, concebida bajo la base de la previsibilidad, es esta noción la que limita el alcance de la responsabilidad y lo hace interviniendo no solamente para determinar si ha existido o no una negligencia, sino, además, para indicar cuáles daños han entrado en la esfera del deber de conducta del sujeto que actúa.

La falta de previsibilidad actúa entonces de una doble manera: por una parte, para determinar si la conducta observada por el demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo o debió prever que ese acto podía causar daño y, por la otra, para

²⁷³ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

²⁷⁴ CALDERA DELGADO, Hugo. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1961. p.529

²⁷⁵ ROJAS VARAS, Jaime. Bases de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador. Revista Chilena de Derecho. (26) Número Especial. 1998. p.354

²⁷⁶ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008.

²⁷⁷ Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006 (Considerando 14°).

²⁷⁸ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

fijar la extensión del daño reparable con el fin de no extender la responsabilidad a casos remotos²⁷⁹.

Sin embargo, si se tratase de un sistema objetivo, “es decir, en que el fundamento de la responsabilidad es el riesgo u otro no basado en la culpabilidad, la cuestión de causalidad no puede ya entregarse a un criterio simple y amplio porque un test como el usado en el sistema objetivo no basta para limitar a extremos razonables el deber de reparación y se producirán resultados que harían imposible de sustentar el deber de reparación... Pues bien, una vez más, las bases de todo el sistema de responsabilidad señalarán que el criterio de previsibilidad del daño será el adecuado para determinar hasta dónde extender el deber de reparación. Y por eso, en un sistema objetivo de responsabilidad, los criterios propuestos ahora por el test de causalidad adecuada resultan más aceptables y justos²⁸⁰”.

Por otro lado, otro de los casos más recurrentes en esta materia es la multiplicidad de causas. Al respecto la doctrina avalada por la Corte Suprema ha dicho que “cuando un resultado tiene más de una causa, cada causa lo es de todo el daño, no pudiendo pretenderse la reducción o inexistencia de la responsabilidad por el hecho o pretexto de existir otras causas²⁸¹”. Así, “el daño debe ligarse a aquél antecedente que, en el curso normal o regular de los acontecimientos es apto para producirlo, es decir, la causa determinante es aquella que normalmente ha de producir el resultado dañoso^{282_283}”.

²⁷⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Aspectos de la Relación de Causalidad en la Responsabilidad civil con Especial Referencia al Derecho Chileno. Revista Roma e America, Diritto Romano Comune. (10). 2000. p.120.

²⁸⁰ Ibid, pp.121-122.

²⁸¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Op. Cit. p157.

²⁸² Sentencia Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004, Rol N°2407-2004 (Considerando 13°).

²⁸³ Cabe tener presente que la pluralidad de causas no solo se refiere a una multiplicidad de hechos sino que también a una multiplicidad de responsables por un mismo hecho²⁸³. Esta última hipótesis ha sido abordada a lo largo de esta presentación, como concurrencias de legitimidad pasiva de organismos de la administración del Estado entre sí o respecto de sociedades concesionarias o terceros particulares (naturales o jurídicos), por lo que el tema no será tratado en esta sección. De igual forma, otra hipótesis de multiplicidad de causas es la concurrencia de la culpa de la víctima, lo cual fue tratado en el capítulo

Otro escenario que presenta gran dificultad es la prueba de la causalidad. Al respecto, se ha dicho que “según el principio de distribución de la carga de la prueba del artículo 1698 del Código Civil, en principio corresponde probar la causalidad a quien alega la obligación indemnizatoria... Sin embargo, existe consenso generalizado en la doctrina comparada en que esta regla debe ser moderada cuando existen indicios de que el ilícito del demandado fue la causa esencial del daño²⁸⁴”.

Frente a ello, debe tenerse en consideración el artículo 171 de la Ley de Tránsito que señala que el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización.

Tanto este artículo como el artículo 174 de la Ley de Tránsito, “implican una sensible alteración de las normas generales sobre daños y su resarcimiento, ya que por lo normal, el que ha sufrido el daño no sólo debe probarlo, sino que además debe probar la culpa del que lo ha causado, situación que no se produce en materia de tránsito en términos tan estrictos, ya que establecida la infracción, el nexo causal se regula en base a una serie de presunciones y calificación de la gravedad de las infracciones, invirtiéndose el peso de la prueba, correspondiendo al infractor probar que no ha incurrido en culpa²⁸⁵”. Estos indicios probatorios que permiten presumir la relación de causalidad a partir del ilícito y el daño serán analizados en el punto siguiente.

2. ASPECTOS PROBATORIOS RELEVANTES.

2.1 Principio general en materia de carga de la prueba. Falta de servicio presunta.

primero en atención a la aplicabilidad del Artículo 2330 del Código Civil, y será posteriormente tratado en este capítulo respecto de las circunstancias atenuantes de responsabilidad.

²⁸⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.724.

²⁸⁵ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. pp.46-47.

La prueba de los hechos, tratándose siempre de una responsabilidad extracontractual, se rige por regla general por lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil que determina que incumbe probar las obligaciones, o su extinción, al que alega aquéllas o ésta. Así, al actor le corresponderá acreditar la existencia y/o efectividad de los hechos y de sus consecuencias, de forma que “la circunstancia de que no haya que probar la negligencia en particular de un funcionario no altera el principio probatorio de que el demandante debe probar los hechos que sirven de antecedente a la obligación. Precisamente, de esa prueba resultarán los elementos para que el juez determine el estándar de servicio debido y compruebe si fue observado en la situación²⁸⁶”.

En el caso de la falta de servicio, su prueba “supone que el daño sea atribuible a un funcionamiento anormal del servicio. Esta anomalía se muestra en que el servicio no funcionó cuando debió funcionar o funcionó sin cumplir con el estándar de servicio exigible a ese particular servicio público, atendidas las circunstancias²⁸⁷”. Sin embargo, “la jurisprudencia nacional también suele presumir la falta de servicio en consideración al resultado de la actuación administrativa, de modo que del defecto se infiere la falta. En tales casos, como ocurre con las presunciones de culpa por el hecho propio en materia civil, a partir del resultado se construye inductivamente la infracción al estándar de conducta que la administración debió observar. Esto es precisamente lo que ocurre en materia de accidentes por mal estado de las vías. El artículo 174 de la Ley de Tránsito es una presunción de falta de servicio por vía legislativa.

Al respecto, se ha dicho que ese “mal estado constituye una presunción de funcionamiento defectuoso del servicio, correspondiendo, por lo tanto, al servicio público la prueba del funcionamiento adecuado. De acuerdo a ello, la presunción en contra de la administración, favorece notablemente al usuario, quien solo deberá probar la relación de causalidad entre el mal estado de la vía y el daño producido, pero

²⁸⁶ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.531.

²⁸⁷ Idem.

no deja a la administración sin posibilidad de defensa, ya que ésta podrá, a su vez, probar que no ha cometido ninguna falta²⁸⁸.

A modo de ejemplo, tratándose de problemas de señalética, “la administración deberá probar que no ha transcurrido un tiempo suficiente entre la aparición del obstáculo y el accidente, como para que haya podido despejar la vía²⁸⁹⁻²⁹⁰”. “De este modo, en materia de señalización, los usuarios tienen el derecho de ser prevenidos en forma aparente, a una distancia suficiente, de ripiados y todo otro trabajo que pueda comprometer la estabilidad de su vehículo. La señalización debe tener ciertas características y debe encontrarse a distancia conveniente²⁹¹”.

De esta forma, establecer presunciones “produce el efecto de que la víctima no necesita probar la culpa de la persona cuya culpabilidad se presume; le bastará acreditar los hechos de los cuales la ley deriva la presunción. Establecidos éstos, quedan establecidas esa culpa y la relación causal entre ella y el daño, es decir, que éste tiene por causa esa culpa.

La persona cuya culpabilidad se presume, deberá probar que empleó la debida diligencia o cuidado, que el daño provino de una causa extraña que no les imputable o que no existe relación de causalidad entre su culpa y el daño. Sin ello, no podrá exonerarse de responsabilidad. La presunción de culpabilidad respecto de la conducta infraccional invertirá el peso de la prueba, liberando a la víctima de la misma y haciéndola recaer en el supuesto autor de la conducta²⁹²”.

Es en la Ley de Tránsito precisamente que encontramos la mayor cantidad de presunciones.... Con todo “en todos los casos señalados se trata de presunciones

²⁸⁸ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.156.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ En este sentido, “la jurisprudencia francesa ha ido construyendo todo un sistema de presunciones de falta y ha precisado de manera detallada diversas situaciones que constituyen falta de servicio en materia de vías públicas y, en general, de obras públicas”. Ibid, p.157.

²⁹¹ SAVATIER, Rene. Traité de la Responsabilité Civile. París, Francia. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1939. p.557.

²⁹² ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op.Cit. p.131.

simplemente legales, que dejan de operar si se acredita que concurren antecedentes que las desvirtúen²⁹³”.

Por último, vemos que “el sistema de presunciones... aclara respecto de los hechos infraccionales considerados, la presunción general que, por el hecho propio, establece el artículo 2329 del Código Civil... La sola realización del hecho mediando la conducta y el resultado descritos, bastan para presumir que hubo culpa²⁹⁴”.

2.2 Prueba del daño moral.

Siendo uno de los requisitos generales en materia de responsabilidad extracontractual la prueba de la existencia y cuantía del daño, al tratar el daño moral el requisito no es menos exigente. Sin embargo, la apreciación que del mismo ha tenido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, y la elaboración de presunciones por parte de los mismos, ha llevado a la creación de un régimen especial en esta materia que nuevamente ha implicado en parte el obviar la aplicación de las reglas generales probatorias²⁹⁵.

En efecto, la Corte Suprema ha determinado que “el padecimiento de dolores y molestias, producidos por razones ajenas a la voluntad personal, es suficiente antecedente para dar por cierta la existencia del daño moral, al no poderse concebir que los sufrimientos físicos soportados por el actor no se hayan traducido en angustias, molestias y preocupaciones propias de verse imposibilitado de realizar sus actividades cotidianas, laborales y familiares, unidas a las normales preocupaciones de un padre de familia con obligaciones que cumplir²⁹⁶”.

Con esto, se ha recurrido a “un razonamiento sobre la base de criterios generales y principios lógicos elementales que surgen de la realidad y de los aspectos fácticos no discutidos en la causa²⁹⁷”. Así, bastaría acreditar la ocurrencia del accidente

²⁹³ Ibid, p.133.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

²⁹⁶ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008 (Considerando 13°).

²⁹⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de junio de 2008, Rol N°123-2008 (Considerando 2°).

y de las lesiones para dar por establecida la existencia del daño moral. Sin embargo, en la práctica esa simplicidad no se cumple por cuanto la mayoría de las demandas de indemnización por daño moral son rechazadas precisamente por la falta de acreditación de las secuelas, sin perjuicio que la responsabilidad de la demandada si sea establecida.

2.3 Presunciones de daño moral.

La elaboración de presunciones de daño moral resulta especialmente crítica cuando se trata de accidentes de tránsito, donde las víctimas indirectas o por “rebote” suelen ser más frecuentes que en otras hipótesis de responsabilidad civil. A modo de ejemplo, los tribunales han señalado que “relativo al daño moral, si bien es cierto que en este proceso no se encuentra acreditada la existencia y el monto del daño moral demandado, no lo es menos que por las características del hecho ilícito que ha ocasionado la muerte... resulta posible presumir el sufrimiento que dicha pérdida produjo en dichos familiares directos, más allá de toda prueba procesal²⁹⁸”.

Así, “pueden demandar su reparación la víctima inmediata o directa, esto es, la persona misma en quien recae la lesión, ofensa o injuria que lo causa, y los que sin tener esa calidad también lo sufren en razón de que el daño inferido a aquella los hiere en sus propios sentimientos o afectos, incluso aun cuando no sean sus herederos o parientes.

Sin embargo, a fin de evitar la multiplicidad de acciones por daño moral, ya que podrían ser numerosísimas las personas que se lamentaran del mal acaecido a otra a pretexto del afecto que le tenían, su indemnización sólo debe acordarse a favor de aquellas que acrediten haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo y verdadero. Esta prueba... será fácil cuando el demandante sea un pariente muy

²⁹⁸ Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008. En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005; y, Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005.

próximo del difunto (cónyuge, padre, hijo, hermano), su parentesco hará presumir la efectividad de ese dolor a menos que se demuestre lo contrario.²⁹⁹.

No obstante, si bien en primera instancia suele plantearse esta hipótesis, se ha dado un fenómeno peculiar a la hora de aceptar o rechazar esta presunción en segunda instancia. En efecto, suele ocurrir que el criterio de los tribunales base y de las Cortes de Apelaciones es presumir la existencia de ese daño simplemente de la efectividad de un vínculo de parentesco. Pero, las casaciones ante la Corte Suprema suelen ser acogidas precisamente por la ausencia de prueba del daño, negándole validez a la presunción de perjuicios basada en una mera acreditación de este tipo de vínculo.

Al respecto, la Corte Suprema ha hecho una importante distinción entre existencia y evaluación del daño al decir que “en cuanto al daño moral, aún en circunstancias del causado por la muerte de un pariente, se requiere en concreto la prueba de dicho daño. A lo más una relación de paternidad puede ayudar a definir el quantum del daño a indemnizar, pero no resulta suficiente para establecer mediante presunción la existencia de dicho daño³⁰⁰”.

En ese mismo sentido ha dicho que si “se ha establecido que no habían elementos en el carácter de antecedentes conocidos para formar una presunción judicial [entonces] cabe colegir que se ha vulnerado el precepto contenido en el inciso primero del artículo 47 del Código Civil. En efecto, no es posible suponer la existencia – o inexistencia – del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y los actores, sobre la base de encontrarse acreditada la relación de parentesco³⁰¹”. Lo contrario sería vulnerar una serie de disposiciones fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

- (i) Lo dispuesto en los artículos 305 y 309 del Código Civil, normas que prohíben al juez acreditar la calidad de hijo por otros medios que no sean los señalados en la ley;

²⁹⁹ Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005 (Considerando 16°).

³⁰⁰ Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008.

³⁰¹ Idem (Considerando 20°).

- (ii) El artículo 47 del Código Civil en materia de presunciones, al presumirse un hecho a partir de otro que no se encuentra acreditado;
- (iii) El artículo 1698 del Código Civil porque no obstante ser de cargo de los actores el peso de probar el daño moral, esa carga se invierte vulnerando el *Onus Probandi*;
- (iv) El artículo 198 del Código Civil, también en relación al *Onus Probandi* en materia de determinación de la filiación;
- (v) Los artículos 1437, 2314, 2320 y 2329 del Código Civil al ordenar el pago de una indemnización cuyos hechos fundamentales no se encuentran acreditados; y,
- (vi) El artículo 19 del Código Civil al desatenderse el tenor literal de los preceptos citados.

En conclusión, el daño moral debe probarse por quien lo reclama, aún cuando las características del caso hagan presumible la existencia del mismo. El daño constituye un presupuesto para que se genere responsabilidad civil, de manera que si falta, no hay responsabilidad.

No obstante, este criterio no es unánime en la doctrina, que suele ser más moderada y favorable a las víctimas. Al respecto se ha dicho que no se discute que “la indemnización debe reconocerse solamente a favor de aquellas que acrediten haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo y verdadero. Sin embargo, esta prueba, será fácil cuando el demandante sea el cónyuge o un pariente muy próximo al difunto. El vínculo citado o el parentesco indicado harán presumir la efectividad de ese dolor, a menos que se demuestre lo contrario, como por ejemplo, tratándose de cónyuges que estaban divorciados o tenían malas relaciones³⁰²”.

Esto se condice con un principio fundamental en materia probatoria civil, cual es el principio de la normalidad. Según este principio “quien alega lo normal, lo corriente, lo común, lo ordinario, no tiene el peso de la prueba, el que recae sobre la parte que hace valer lo anormal, excepcional o extraordinario y, lo normal o común será que la

³⁰² Sentencia Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008 (Considerando 23°).

muerte... cause un perjuicio afectivo³⁰³⁻³⁰⁴”. Con esto, habrían hechos que se probarían por sí solos.

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL CRITERIO DE FALTA DE SERVICIO.

3.1 Concepto y requisitos.

La teoría de la falta de servicio nace en Francia con el *Arret Blanco* de 1873 en virtud del cual comienza a hacerse la distinción entre la falta del servicio en sí y la falta personal del funcionario. Esta teoría, viene a salvar los casos de culpa anónima pddo que la falta del servicio público en cuestión podrá hacerse efectiva aun cuando no sea de conocimiento de las partes la individualización específica del funcionario negligente.

En cuanto a su definición conceptual, se ha establecido que “la falta de servicio no se encuentra definida en la ley y su concepto obedece al determinado por la doctrina y la jurisprudencia³⁰⁵”. “El legislador incurre frecuentemente en vaguedad al expresar sus propósitos normativos, lo que conduce a la persistente omisión de establecer estándares de servicio. Ante la carencia de estándares legales, el juez se ve en la necesidad de definir el punto de división entre la discrecionalidad política de la administración en la asignación socialmente más eficiente de los recursos que le son asignados y la conducta que constituye su deber de cuidado respecto de los administrados, cuya infracción da lugar a responsabilidad³⁰⁶”.

El alcance de este tema los vemos por ejemplo “a propósito de las competencias que tienen los Municipios, en conjunto con otros órganos de la administración del Estado... Por cierto que los Municipios tienen deberes correlativos a las competencias que la ley les confiere, pero la forma como distribuyen fondos escasos para satisfacer necesidades ilimitadas es una decisión política (esto es,

³⁰³ Ibid, Voto disidente (Considerando 23°).

³⁰⁴ En este sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008, y, Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.

³⁰⁵ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008 (Considerando 3°). En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

³⁰⁶ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.509.

discrecional) y no jurisdiccional. Por eso, el límite de la responsabilidad en estos casos está dado por la conducta tan poco razonable en que ninguna autoridad consciente de sus deberes hubiera incurrido, caso en el cual inequívocamente el órgano respectivo extralimita el ámbito de su discreción y existe incumplimiento de un deber en sentido jurídico³⁰⁷.

Ante lo dicho, la falta de servicio bien puede ser considerada como un criterio que implica “la ineficacia o ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados³⁰⁸”. Así, “hay falta de servicio... cada vez que un servicio no funciona cuando la normativa legal le impone el deber de hacerlo, o lo hace en forma tardía o deficiente y a raíz de ello se causa daño a terceros³⁰⁹”.

Según esta definición, existe falta de servicio si los perjuicios de la víctima fueron ocasionados por el mal estado de la avenida, acera, puente o calzada. Sin embargo, ello no considera los criterios especiales dados en accidentes en vías públicas como puede ser la exposición imprudente al daño, el no observar las condiciones del camino o bien que el desperfecto que causare el daño dependía en su mantención y fiscalización de un ente diferente al cual se le imputa. En cambio, si considera que las medidas hayan sido tomadas por las personas idóneas para ello³¹⁰, pero “atendido el ámbito de discrecionalidad que la ley reconoce a los órganos políticos y administrativos, no debe confundirse la función pública con el deber concreto de actuación.

En estos términos, la falta de servicio, criterio de imputación de responsabilidad... debe estar adscrita en relación a la conducta realizada..., de manera que su incumplimiento por omisión, en forma tardía o imperfecta, genere la responsabilidad que se demanda, pues no basta con probar la existencia de un daño aseverando que éste fue ocasionado por la falta de servicio..., sino que se debe acreditar de forma tal que permita hacer una comparación entre el servicio exigible,

³⁰⁷ Ibid, pp.509-510.

³⁰⁸ Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005 (Considerando 16°, Sentencia Corte de Apelaciones).

³⁰⁹ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerando 16°, Sentencia Primera Instancia).

³¹⁰ Sentencia Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005, Rol N°2655-2005.

que debió efectuarse, y lo efectivamente ejecutado o no ejecutado, demostrándose que la omisión resulta atribuible a la organización... El que no se exija acreditar la negligencia en particular de un funcionario, no libera al actor de la carga de probar los hechos que demuestran la falta de servicio³¹¹”.

En cuanto a determinar cuando existe falta de servicio, la Corte Suprema ha señalado que esta “se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, de ello se siga un daño. Se ha precisado que esto ocurre con ocasión de las siguientes circunstancias: a) cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo; b) cuando el servicio funcionó irregularmente, y, c) cuando el servicio funcionó tardíamente y de la demora se han seguido perjuicios³¹²”. Con todo, esto necesariamente requiere que se trate de un deber concreto, real, preciso y determinado³¹³.

En relación a sus requisitos, para que proceda la indemnización por falta de servicio es necesario que “exista una norma de derecho positivo que obligue a la administración a prestar el servicio....; Que se acredite que el servicio no se prestó...; Que se pruebe el perjuicio...; [y,] Que se pruebe que el perjuicio se produjo por falta de servicio³¹⁴”. Así, no requeriría “individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta; en cambio, sí [debe] invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima³¹⁵”.

De lo antes dicho, vemos que el principal problema que presenta este concepto es que de todas formas será la víctima quien deberá probar la falta del servicio en la mayoría de los casos, no apartándose en ese sentido de la crítica ya hecha a la

³¹¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de marzo de 2008, Rol N°483-2007 (Considerandos 3°, 4° y 5°).

³¹² Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005. En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

³¹³ En ese sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de septiembre de 2007, Rol N°3346-2003.

³¹⁴ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

³¹⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, 15 de enero de 2007, Rol N°836-2006.

aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Además, se ha criticado que se trata de un criterio que pone énfasis en la culpa del servicio o del funcionario, a pesar de ser desconocido, y no en la víctima y el daño experimentado. Por último, se puede apreciar que cae en el defecto de permitir la gradación de faltas al igual que en Derecho Civil, admitiendo con ello la existencia de casos de exoneración de responsabilidad por no tratarse de faltas que ameriten una indemnización.

3.2 Carácter objetivo o por culpa.

3.2.1 Responsabilidad por culpa.

El criterio de falta de servicio, al ser de creación eminentemente jurisprudencial, ha sido objeto de importantes discusiones que lo han llevado a enmarcarse en regímenes de responsabilidad diametralmente opuestos.

En algunos casos, al tratarse de probar una falta, se consideró que la falta de servicio era propia de un régimen de responsabilidad por culpa por cuanto “constituyen [los] presupuestos necesarios para hacer nacer una responsabilidad extracontractual, establecidos en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, [a saber:] que exista un acto o hecho del demandado que se haya realizado con dolo o culpa, en este caso, con falta de servicio, que exista perjuicios para el demandante y que haya una relación de causalidad entre tal acto o hecho y los perjuicios sufridos³¹⁶”.

³¹⁶ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008. En este caso se estableció que “es responsabilidad de la Municipalidad realizar poda en muchos árboles, pero debe priorizar en aquellos lugares como es un Paseo Peatonal, donde por las características de numerosos locales comerciales y grandes tiendas (incluido el comercio ambulante), el flujo peatonal es intenso con gran cantidad de personas, y como en el hecho ocurrió, se pueden ocasionar accidentes lesionando a peatones, entonces, este hecho se pudo evitar si la Municipalidad hubiera prestado el servicio adecuado y esperado a favor de los habitantes de la ciudad que por ley le corresponde, siendo de su exclusiva responsabilidad y no atribuible a caso fortuito. Por lo tanto, la falta de poda de un árbol no es un hecho ajeno a la Municipalidad, como tampoco imposible de evitar, era previsible ya que de haber realizado la mantención del árbol la lesión del peatón no hubiera acaecido, lo que guarda una debida relación de causalidad, entre un mal funcionamiento del servicio con el daño provocado”.

La fundamentación legal de esta tendencia recaería en los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE. Al respecto, se ha dicho que este articulado “reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los órganos de la administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño. En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la administración.

No establece, en consecuencia... la responsabilidad objetiva de la administración, sino que reproduce el principio de responsabilidad del Estado entendido dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto culpa o dolo, lo que, referido a las instituciones de Derecho Público que [está] consagrando, se refiere a la culpa o dolo del servicio, o sea, a la falta de servicio³¹⁷”.

Este criterio ha sido criticado ampliamente por cuanto se remite al problema de gradaciones de faltas propio del sistema de responsabilidad contractual. En efecto “al igual que en el régimen de responsabilidad contractual del Derecho Civil, que distingue gradaciones de culpa (culpa grave, leve y levísima) la teoría de la falta de servicio también distingue entre faltas simples, graves y gravísimas en algunos casos³¹⁸”.

De esta manera, “la responsabilidad cuasidelictual del poder público no está comprometida si no interviene una falta imputable a un servicio público administrativo; [y] sin embargo, cualquiera falta no compromete dicha responsabilidad; dicha responsabilidad no se pone en juego sino a condición de considerar la naturaleza del servicio, las condiciones normales en las cuales él debe funcionar, las situaciones a las cuales él se ha debido enfrentar, a las circunstancias del tiempo y de lugar en los que él se ha encontrado enfrentado, del plazo para reflexionar con que él ha contado; la falta cometida es considerada por el juez como suficiente para acarrear la responsabilidad o, para retomar las expresiones utilizadas por numerosos fallos, si la falta invocada, dentro de las circunstancias del asunto, es de tal naturaleza como para comprometer la responsabilidad del poder público. La fórmula empleada es imprecisa;

³¹⁷ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. pp.134-135.

³¹⁸ Ibid, pp.69-70.

sin embargo, la jurisprudencia se ha trazado directivas netas; ellas han establecido una suerte de jerarquía de faltas: esta jerarquía fundada sobre el nivel de gravedad de las faltas cometidas y sobre la clasificación de los servicios³¹⁹”.

Al depender de una serie de factores tales como el tiempo, las obligaciones del servicio y los recursos de que dispone, las posibilidades de indemnización y/o reparaciones acordes al accidente en cuestión se ven por supuesto minimizadas. “Los argumentos anteriores servirán, en consecuencia, para que la administración pueda escudarse y exonerarse de su responsabilidad aduciendo, por ejemplo, que los recursos con que cuenta no le permitieron un mejor servicio; o que la complejidad de los hechos no permitieron actuar a la administración adecuadamente, o que no pudieron impedir el hecho, etc.³²⁰”.

3.2.2 Objetivización de la responsabilidad a través de presunciones.

Enmarcar el criterio de falta de servicio dentro de un régimen de responsabilidad por culpa representa una gran desventaja para la víctima en materia probatoria, por cuanto es ella quien deberá probar la falta cometida. Frente a ello, a fin de alivianar esa carga, se han establecido una serie de presunciones de falta de servicio que vendrían a consagrar un punto medio entre un régimen de responsabilidad por culpa y uno objetivo. No obstante, se trataría de presunciones acotadas a casos muy precisos, y que siempre podrán ser desvirtuadas por la administración. Además, cabe mencionar que bajo este criterio, se ha criticado que los artículos de la LOCBGAE podrían ser declarados como inconstitucionales, en caso de estimarse que el régimen consagrado por la Constitución fuese de carácter objetivo.

Esta tendencia, “busca establecer la responsabilidad sobre la base de la conducta de su autor, es decir, del funcionario o la administración en cuanto si éste cometió o no falta, y no pone el acento en la víctima que ha sufrido el daño. Se mira primero, la conducta del agente autor del daño y sólo después se mira a la víctima³²¹”.

³¹⁹ CALDERA DELGADO, Hugo. Manual de Derecho Administrativo. Op. Cit. pp.518-519.

³²⁰ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.70.

³²¹ Ibid, pp.71-72.

Sin embargo, esta interpretación se aparta injustificadamente de la interpretación que en otros estatutos se hace de la falta de servicio, los cuales ven en él un régimen o criterio eminentemente objetivo. En efecto, se ha dicho que la interpretación del artículo 141 de la LOC de Municipalidades recurre “al espíritu del legislador, ya que la anterior Ley Orgánica..., señalaba que la responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente. Se consagra[ría] así la responsabilidad objetiva en que el perjudicado es relevado de la obligación de probar si hubo dolo o culpa del agente, como también la identidad de éste, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar³²²”.

³²² Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000. El fallo citado “deja sentado como hecho de la causa que la muerte del cónyuge de la actora fue causada por la existencia de una obra que obstruía el tránsito de vehículos, la que no estaba señalizada ni contaba con elementos que permitieran eludirla, de manera tal que la Municipalidad demandada incurrió en responsabilidad al incumplir sus funciones legales, generando un riesgo previsible y evitable con mediana diligencia y cuidado. Ahora bien, la posible culpa de la víctima, dado el hecho que éste habría transgredido la copiosa normativa de tránsito, no exime la responsabilidad de la Municipalidad ya descrita, más bien se confirma la hipótesis de culpa compartida, al concurrir falta de servicio, por parte de la autoridad edilicia, y negligencia o imprudencia por el lado de la víctima. Este último elemento fue considerado, por lo demás, en sede de apelación a fin de reducir el monto de la indemnización de perjuicios por daño moral, conforme lo previsto en el artículo 2.330 del Código Civil. En cuanto a la indemnización de perjuicios por daño moral, por su propia naturaleza no tiene parámetros fijos para su apreciación, la que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y la entidad del daño sufrido, además de las relaciones existentes entre la víctima y quien la pretende. Por lo mismo, la regulación del monto de la indemnización ha de hacerse prudencialmente por los jueces del fondo, quienes deben hacerlo tomando en cuenta todos los factores propios del proceso. Finalmente, el Artículo 141 de la ley 18.695 establece la responsabilidad civil de los Municipios por los daños ocasionados principalmente por falta de servicio, circunstancia que, según quedó establecido por los jueces del fondo, concurre por falta de señalización del sitio del accidente, no tomar resguardo suficientes para mantener el acceso, impidiendo el tránsito vehicular y peatonal mediante la colocación de barreras, sin señalizaciones ni advertencias de ninguna índole de la existencia de un tubo cubierto con tablonés, que resultó ser la causa fundamental de la muerte del cónyuge de la actora.

De igual forma, el artículo 174 de la Ley de Tránsito también ha sido interpretado como una consagración de falta de servicio³²³ y de la responsabilidad de carácter netamente objetivo de las Municipalidades³²⁴, siendo una disposición de espíritu similar al artículo 141 de la LOC de Municipalidades, que interpretado a contrario sensu, “significa que quedarían excluidas la Municipalidad y el Fisco cuando los daños se causaren por alguna persona³²⁵”, lo que es especialmente importante en el caso de los problemas de legitimación pasiva de las sociedades concesionarias.

Con todo, estos criterios responden a una lógica tradicional de la relación entre Estado y empleado público, en circunstancias que su evolución ha localizado a la falta de servicio dentro un ámbito objetivo, pero reforzando el concepto a través de distintas teorías tales como: (i) la Teoría del Riesgo Creado; (ii) de la Igualdad de las Cargas Públicas; (iii) del Enriquecimiento sin Causa; o, (iv) del Órgano.

Como veremos a continuación, en los tres primeros casos las críticas no han distado mucho de las preocupaciones que levanta el concepto tradicional de falta de servicio, de forma que ha sido la Teoría del Órgano la principal responsable de hacer traspasar a la falta de servicio desde un régimen por culpa a uno objetivo.

3.2.2.1 Teoría del Riesgo Creado.

La Teoría del Riesgo Creado “nace como una reacción a las falencias que [presenta] la teoría de la falta de servicio en su concepción tradicional³²⁶”. “Lo esencial de esta teoría es que el Estado, al realizar por medio de sus órganos su actividad administrativa en interés de los administrados, crea potencialmente un riesgo, que si se concreta causándoles un daño a éstos, genera responsabilidad Estatal aun cuando los funcionarios y empleados que lo causaron fueron diligentes y no hayan cometido falta alguna³²⁷”.

³²³ En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.

³²⁴ Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000.

³²⁵ Sentencia Corte Suprema, 18 de octubre de 2005, Rol N°1952-2005.

³²⁶ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.77.

³²⁷ Idem.

Sin embargo, este criterio conlleva el riesgo de elevar de forma indiscriminada el número de demandas indemnizatorias, haciendo casi imposible para la administración el poder responder a cada una de ellas. De esta forma, es necesario crear límites a la aplicación del criterio del riesgo, a fin de que su creación no implique un mero análisis teórico y pueda ser llevada a la práctica.

3.2.2.2 Teoría de Igualdad ante las Cargas Públicas.

En el caso de la Teoría de Igualdad ante las Cargas Públicas, esta fundamenta la responsabilidad del Estado en la obligación de indemnizar que éste contrae “cuando causa un daño, aunque el acto Estatal sea legal, siempre que se haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás³²⁸”. No obstante, la jurisprudencia no hace una mención expresa de esta teoría, sino que extrapola sus argumentos de forma indirecta. Quizás, esto se deba a que se trata de una abstracción difícil de respaldar con legislación positiva, de forma que los jueces no correrán el riesgo de dictar sentencias livianas que no puedan apoyarse sobre principios de derecho aceptados o disposiciones legales concretas.

3.2.2.3 Teoría del Enriquecimiento sin Causa.

Algo similar ocurre con el concepto de Enriquecimiento sin Causa, donde además se critica, al igual que en el caso de la teoría tradicional de la falta de servicio, el hecho que solo se mire a la responsabilidad del Estado “desde el punto de vista del autor del daño y no de la víctima porque se mira principalmente el enriquecimiento sin causa del Estado y no el perjuicio del administrado. En otras palabras, si se causa un perjuicio al administrado pero no hay enriquecimiento sin causa de la administración, no nace la responsabilidad³²⁹”.

3.2.2.4 Teoría del Órgano.

³²⁸ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.87.

³²⁹ Ibid, p.90.

Por último, la Teoría del Órgano, Organicista u Orgánica, “pretende explicar por qué la actuación u omisión del funcionario público que causa un daño debe imputarse al ente Estatal, quien en definitiva resulta obligado a indemnizar³³⁰”. Esta, “representa una garantía o seguridad para los administrados, desde el momento en que no solamente las actuaciones administrativas (jurídicas o simplemente materiales) legales o regulares se imputan a la administración, sino que también las actuaciones ilegales o arbitrarias llevadas a cabo por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas³³¹”. Así, siendo que se identifica al Estado-persona con la organización, se llega al final a considerar que el Estado responde, por cuanto es el propio Estado el que ha actuado en forma lesiva.

3.2.3 Posturas intermedias.

Por último, hay quienes han adoptado una postura ecléctica diciendo que “al no establecerse en el artículo 4 de la LOCBGAE el tipo de responsabilidad de que se trata... y solo referirse al principio general de responsabilidad del Estado..., debería ser la jurisprudencia que frente a cada situación en concreto decidiera sobre el asunto que se le presente, aplicando los nuevos principios del Derecho Público referidos a la falta personal, a la falta de servicio, al cúmulo de responsabilidades, a la responsabilidad sin falta o a la responsabilidad por riesgo, según cada caso y situación específica, principios que se encuentran basados en la negligencia funcionaria, mal tardío o no funcionamiento del servicio, igualdad ante las cargas públicas... enriquecimiento indebido por parte de la administración o en razón del riesgo social³³²”.

En materia de accidentes en vías públicas, la jurisprudencia nacional ha hecho un particular análisis del concepto de falta de servicio, que lo ha llevado a una

³³⁰ Ibid, p.91.

³³¹ CALDERA DELGADO, Hugo. Manual de Derecho Administrativo. Op. Cit. pp.584-585.

³³² OELCKERS CAMUS, Osvaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio. Revista Chilena de Derecho. (26) Número Especial. 1998. p.347.

ambigüedad poco provechosa para la acertada decisión del caso. Si bien la mayoría apoya la corriente general de considerar a la falta de servicio como un criterio de atribución por culpa propio de la responsabilidad del Estado, y específicamente de las Municipalidades, existen fallos en que se afirma precisamente lo contrario.

Así, en algunos casos se ha determinado que “la responsabilidad por falta de servicio es de carácter objetivo, pues es suficiente para generarla el daño a la víctima y la relación de causalidad con el hecho que lo ocasionó³³³”, “sin que sea necesario establecer si el ente público o sus agentes obraron con dolo o culpa. Hay falta de servicio cada vez que la acción u omisión de la administración causa daño, lo que es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas. La falta de servicio es un resultado, es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. Es la ineficacia o ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados³³⁴”.

De igual forma se ha dicho que “tanto la falta de servicio y la culpa civil³³⁵, funcionan como un criterio objetivo de atribución de responsabilidad, por cuanto en ambas se realiza un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta, ya en la culpa civil se hace desde la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas; mientras

³³³ Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005 (Considerando 3°). Al respecto, En ese sentido ver también: Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de noviembre de 2003, Rol N°432-2001.

³³⁴ Idem. En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008.

³³⁵ Paralelamente se genera un problema al asimilar el criterio de falta de servicio con la Culpa Civil. Al respecto, la doctrina ha identificado las siguientes críticas: (i) la posibilidad de utilizar una causal de exoneración de responsabilidad en atención a los establecido en el Artículo 2320 del Código Civil; (ii) la posibilidad asimismo, de que el Estado se desligue de su responsabilidad al discutir la calidad de “dependiente bajo su cuidado” respecto del funcionario que causó el daño; (iii) problemas probatorios que llevarán a que la víctima probablemente pierda el litigio frente a la excesiva carga procesal que implica probar la culpa de la administración; y, (iv) consideraciones doctrinarias básicas como el hecho que el Derecho Civil haya sido creado para reglar relaciones de particulares entre sí, no de entes públicos con administrados. Sobre esto último ver: HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. pp.56-57.

que en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública³³⁶.

Sin embargo, existen casos en que se ha afirmado que “la responsabilidad por falta de servicio..., es un especial tipo de responsabilidad contemplada en normas del derecho público, pero que no resulta suficiente para la objetivación de la responsabilidad hasta el extremo de considerar que basta la acreditación de un hecho para atribuirlo a falta de servicio de un órgano de la administración del Estado, y hacerla procedente³³⁷”.

De esta forma, la naturaleza del criterio está lejos de ser definida en su aplicación, admitiéndose decisiones en uno y otro sentido.

4. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD.

La principal característica de las teorías que fundamentan la responsabilidad por accidentes en vías públicas, es que “junto con fundamentar un determinado régimen de responsabilidad, en algunos casos sólo se diferencian sustancialmente en el nombre, ya que sus razonamientos son muy similares, cambiando solo en matices o enfoques dados por sus respectivos autores³³⁸”.

Los orígenes del conflicto en cuanto a la determinación del régimen de responsabilidad aplicable en la materia, son precisamente el artículo 38 inciso segundo de la Constitución y el artículo 4 y 42 de la LOCBAGE. Esto, debido a que “no mencionan en forma expresa el régimen de responsabilidad, es decir, no señalan si se

³³⁶ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008. En el fallo citado se determina además que “en el caso de las labores de aseo y ornato, si se removió rejillas de desagüe de aguas lluvia, sin tomar las precauciones necesarias cual habría sido cerrar el lugar y evitar el paso de peatones es posible calificar la conducta como una falta de servicio”.

³³⁷ Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004 (Considerando 2°). Este fallo además determina que “si la actora sufrió una caída debido a la mala mantención de la calzada, lo que le produjo lesiones, la Municipalidad está obligada a responder, porque sólo a una falta de servicio de ella o sus agentes puede achacarse el descuido de la obligación de mantener la acera en buen estado de uso y/o adecuadamente señalizada” (Considerando 10°).

³³⁸ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.53

requiere para hacer efectiva la responsabilidad Estatal, de los elementos subjetivos de culpa o dolo, o si debe prescindirse de éstos, lo que ha obligado a interpretar tales preceptos por parte de la doctrina y jurisprudencia³³⁹.

Lo importante es entonces “determinar si para atribuir la responsabilidad al Estado o algunos de sus órganos es necesario -entre otros requisitos- que se acredite culpa o dolo en la administración, o al menos que concurra un factor de imputación subjetivo..., o bien se trata de una responsabilidad enteramente objetiva, que solo precisaría de la concurrencia de la relación de causalidad entre el daño o la lesión y el hecho de la administración³⁴⁰”.

4.1 Responsabilidad objetiva.

Una serie de fallos han establecido que la responsabilidad en materia de accidentes en vías públicas es de carácter objetiva. Esta tesis es apoyada por autores como Eduardo Soto Kloss, Rolando Pantoja, Hugo Caldera o Gustavo Fiamma, entre otros, y habría sido sustentada igualmente en el informe de la cuarta comisión legislativa sobre el proyecto de la LOCBGAE³⁴¹.

En este sentido, se ha dicho que “dicha responsabilidad se califica como objetiva, por cuanto no sería necesario probar la culpa o dolo de los agentes autores de perjuicio, para obtener el resarcimiento del daño causado. La objetividad de la falta de servicio descansa en la ausencia de dolo o culpa de los agentes causantes del daño, puesto que la persona del o los funcionarios no interesa para estos efectos sino la concurrencia de dos elementos: la falta de servicio propiamente tal y el daño, existiendo una relación de causalidad. El daño sufrido por el demandante debe ser inmediata y directa consecuencia de la falta, defectuosa e irregular prestación del servicio³⁴²”.

³³⁹ Ibid, p.128.

³⁴⁰ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. Cit. p.53.

³⁴¹ Ver: HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.132.

³⁴² Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007. De igual forma: Sentencia Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006; Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005; Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000;

Este régimen de responsabilidad se fundamentaría en la llamada Teoría de los Riesgos. “Según esta teoría, quién crea un riesgo debe sufrir sus consecuencias si este riesgo llega a realizarse, quién con su actividad o inactividad crea un daño debe repararlo, haya o no habido dolo o culpa de su parte. El autor del daño no es responsable porque lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó.

Así, el que causa un daño por omisión no responde de él en cuanto culpable, sino en cuanto autor del mismo³⁴³. Sin embargo, esta teoría “llevó a confundir las dos expresiones –responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo- de manera que varios autores hablan indistintamente de una u otra... lo que evidentemente no es así, ya que existen una serie de teorías, distintas del riesgo, que sirven para fundamentar la responsabilidad pública³⁴⁴”.

De esta forma, esta responsabilidad encuentra también su fundamento en “el deber que tiene el Estado de mantener el orden social para asegurar a todas las personas un trato digno e igualitario; la equidad natural; y principalmente, la reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por la víctima, pues en muchos casos resulta imposible probar la culpa, debido a lo complejo de los procesos³⁴⁵”.

El fundamento legal de esta posición se encuentra en los artículos 38 inciso segundo, 6 y 7 de la Constitución, disposiciones que se caracterizan por no mencionar en ningún caso los elementos subjetivos de dolo o culpa, o algún símil en materia de responsabilidad del Estado, sin perjuicio que una interpretación opuesta de los mismos ha llevado a tenerlos igualmente como sustento de un régimen de responsabilidad por

Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008; Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000; Sentencia Corte Suprema, 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005; Sentencia Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004, Rol N°2407-2004; Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000; Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 3 de septiembre de 2008, Rol N°1173-2006; y Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo de 2004, Rol N°16304-2004.

³⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Op. Cit. p.114

³⁴⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.50.

³⁴⁵ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007. En ese sentido ver también: Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

culpa. En este caso, solo bastaría que el órgano en cuestión no someta su acción a lo establecido en la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella o bien actúe fuera del marco de competencia, para que se configure una hipótesis de responsabilidad³⁴⁶.

Frente a este marco legal, podemos identificar tres argumentos doctrinarios basales sobre los cuales descansa esta teoría, a saber: (i) la independencia de la culpa o negligencia del funcionario o del servicio y exigencia única de causalidad; (ii) la falta de servicio como factor que elimina el criterio de culpa o dolo objetivizando la responsabilidad; y (iii) el considerar que las personas jurídicas no pueden ser responsables en base a un criterio de culpa o dolo.

4.1.1 Independencia de la culpa o negligencia del funcionario o del servicio y exigencia única de causalidad.

En el primer caso, la jurisprudencia ha dicho que “la responsabilidad del Estado -en la especie, de las Municipalidades- es objetiva, pues opera aunque no haya culpa de algún funcionario o del servicio, al no ser uno de los elementos de la falta de servicio la negligencia o culpa, que sí es esencial en la responsabilidad extracontractual del Código Civil. En efecto, el artículo 4 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado, no alude a la culpa a diferencia del artículo 2284 del Código Civil que sí lo hace cuando se refiere al cuasidelito, de lo que se sigue que el legislador quiso consagrar una responsabilidad objetiva, ya que de lo contrario se habría remitido al derecho común³⁴⁷”.

La falta de servicio no implicaría culpa del servicio, sino que ausencia o inactividad del mismo, “pues el daño último sufrido se hubiese podido evitar actuando el ente municipal con diligencia³⁴⁸”. Así, tan sólo “basta la ausencia del servicio y el

³⁴⁶ En este sentido ver: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. Cit. p.53 y ss.; y, BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.486.

³⁴⁷ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

³⁴⁸ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

daño para que haya responsabilidad, con prescindencia aún de los medios con que efectivamente contaba un determinado órgano para atender a sus funciones³⁴⁹.

Es decir, que “no importa si el acto, hecho u omisión que la produce sea doloso o culpable, pues se trata de una responsabilidad que no se funda en el dolo o culpa de quién lo causa, sino en la existencia de una víctima que ha sufrido daño, como consecuencia de la falta de servicios en el actuar del ente municipal³⁵⁰”.

En este régimen, “la falta de servicio puede consistir en una acción, omisión o abstención, en una actuación voluntaria, como una imprudencia, equivocación o torpeza y, para que la responsabilidad del Estado o del organismo estatal tenga lugar, no resulta imprescindible la evaluación subjetiva de la conducta del agente público para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada, es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido... Constatado el daño, su origen y causalidad, éste se ha de imputar al organismo de administración del Estado directamente, siendo indiferente que el daño hubiese tenido su origen en una actuación negligente o en una falta o culpa personal del funcionario del servicio público o municipal³⁵¹”.

Esto sería aún más claro en el caso de las Municipalidades. Al respecto se ha dicho que “se infiere de la normativa expuesta que la responsabilidad estatal opera aun cuando no haya culpa de algún funcionario o del servicio. Aun cuando en la doctrina existe discrepancia en cuanto a si dicha responsabilidad es o no objetiva o bien subjetiva especial, tratándose de los entes municipales el problema se clarifica, porque el artículo 141 de la ley N° 18.695 prescribe que dicha responsabilidad procede especialmente por falta de servicio, vale decir, cuando existe un funcionamiento defectuoso o tardío del servicio o simplemente porque éste se omitió y de ello se sigue daño para una persona³⁵²”.

³⁴⁹ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

³⁵⁰ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

³⁵¹ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerandos 22° y 24°, Sentencia Primera Instancia).

³⁵² Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007 (Considerando 5°).

De igual forma, se ha dicho que “el artículo 141 de la LOM [LOC de Municipalidades] va en esta misma dirección cuando establece que la responsabilidad de la Municipalidad procederá principalmente por falta de servicio, lo que permite entender que la falta de servicio no es la única fuente de responsabilidad y, por lo mismo, bien podría admitirse responsabilidad por daño, incluso en el evento de que no exista falta de servicio, es decir, en caso de que el servicio municipal haya actuado oportunamente, y dentro de sus competencias, sin que pueda reprochársele a este respecto irregularidad³⁵³”.

4.1.2 Falta de servicio como factor que elimina el criterio de culpa o dolo. Objetivización de la responsabilidad.

En el segundo caso, se ha dispuesto que si bien la Constitución en sus artículos 6, 7 y 38 inciso segundo no hace una calificación del tipo de responsabilidad, en el caso de las Municipalidades si lo hace específicamente al consagrar el concepto de falta de servicio³⁵⁴. De este modo, “tanto en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución, como en el... artículo 141 de la ley de Municipalidades; el legislador ha postergado la Teoría Clásica o de Responsabilidad Subjetiva (que exige dolo o culpa), en materia de Responsabilidad Civil, en beneficio de las teorías contemporáneas de Derecho Público³⁵⁵”.

Es así como “al consagrarse la responsabilidad por “falta de servicios desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley³⁵⁶”. “Dentro de este marco constitucional y orgánico constitucional, es posible colegir que esta especial responsabilidad del

³⁵³ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. Cit. p.55.

³⁵⁴ En este sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio. Op. Cit. p.351.

Estado, que él mismo se ha impuesto, si bien es de orden civil extracontractual, se encuentra regulada por normas de rango y jerarquía superior a las comunes, estableciendo un tipo de responsabilidad de carácter objetivo, por cuanto se encuentra ajena al ámbito subjetivo, en cuanto a la determinación de la intención dolosa o culposa del agente generador del daño³⁵⁷.

4.1.3 Las personas jurídicas no pueden ser responsables en base a un criterio de culpa o dolo.

Por último, el tercer argumento establece que la responsabilidad es objetiva ya que es una responsabilidad de carácter constitucional, no civil ni penal, por la primacía de las disposiciones constitucionales. El Estado no es una persona natural, por lo que no le es aplicable la responsabilidad civil. “Al ser una responsabilidad de una persona jurídica imposible de estructurar sobre la base de dolo o culpa, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, existiendo relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones, o por falta de servicios, nace la obligación para éste de indemnizar aquella³⁵⁸⁻³⁵⁹”.

4.2 Responsabilidad por culpa.

³⁵⁷ Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007 (Considerando 12°).

³⁵⁸ Idem. De igual forma: Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006. En ese sentido ver también: LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. Cit. El principal problema de esta postura radica en que su interpretación extensiva lleva a concluir forzosamente que las personas jurídicas en general son irresponsables civilmente, en tanto no les resulta aplicable la estructura de responsabilidad en base a culpa o dolo

³⁵⁹ Sobre ello, cabe tener en consideración el Artículo 175 inciso segundo de la Ley de Tránsito, que precisamente contempla la posibilidad de sancionar infraccionalmente a una persona jurídica al establecer que, salvo prueba en contrario, las infracciones que se deriven del mal estado y condiciones del vehículo serán imputables a su propietario, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponde al conductor.

La característica esencial de esta teoría es que establece responsabilidad “considerando los criterios subjetivos de falta, culpa o dolo, que constituirían presupuestos imprescindibles para que surja aquella³⁶⁰”. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado en algunos casos que “la responsabilidad por falta de servicio no corresponde a lo que el derecho civil conoce como responsabilidad objetiva, razón por la cual, para hacer efectivo este tipo de responsabilidad, será siempre necesario probar el mal funcionamiento del servicio, o el no funcionamiento del mismo³⁶¹”. “Dicha responsabilidad sólo tiene lugar en los casos en que, junto con acreditarse la falta de servicio, se pruebe el daño sufrido por el afectado y la relación de causalidad entre ambos elementos, la que se traduce en que el daño derive directa e inmediatamente de la falta de servicio del órgano de la administración del Estado³⁶²”.

El fundamento legal de esta postura recae principalmente en una interpretación tradicional de los artículos 42 y 4 de la LOCBAGE. “En efecto, la tesis sustentada principalmente por Pierry, ha señalado que los artículos 4 y 42 establecerían un régimen de responsabilidad subjetiva; en el caso del artículo 4, porque la historia de la ley claramente demuestra que la intención del legislador era reproducir la responsabilidad del Estado pero sólo entendido dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto culpa o dolo; en el caso del artículo 42, porque introdujo la noción de responsabilidad por falta de servicio, elaboración del Consejo de Estado francés y que tiene, para algunos autores, el significado de culpa del servicio³⁶³”.

Así, en este caso, podemos distinguir dos argumentos doctrinarios basales, a saber: (i) la responsabilidad objetiva es de derecho estricto y no puede establecerse mediante una presunción; y, (ii) la falta de servicio actúa como un criterio de imputación similar al dolo o la culpa.

³⁶⁰ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.53

³⁶¹ Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006.

³⁶² Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004 (Considerando 3°).

³⁶³ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. pp.179-180.

4.2.1 La responsabilidad objetiva es de derecho estricto. Imposibilidad de crear presunciones de responsabilidad.

En el primer argumento, vemos que existen varios casos en que la Corte Suprema ha dicho que la responsabilidad objetiva “tiene un carácter excepcional y, por lo mismo, sólo puede existir en aquellos casos en que la ley expresamente así lo dispone. De esta manera, ella sólo podría entenderse aplicable al Estado si un cuerpo legal lo prescribe de manera explícita y, como en la especie ello no acontece, forzoso es concluir que el régimen que en esta materia se puede hacer valer en su contra es el de carácter común³⁶⁴”.

Consecuencia de ello es que “atendido que la Constitución no estableció un régimen integral de regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, se aplican a él, supletoriamente las reglas de responsabilidad civil. Principalmente, en relación a las reglas sobre presunciones en la falta de servicio, como en la exposición imprudente al daño, como principio de descarga de responsabilidad, etc.³⁶⁵”.

De igual forma, “para que pueda acogerse la acción de indemnización de perjuicios en contra de una Municipalidad es necesario expresar cuál era la conducta esperable o exigible de ésta que hubiera tenido como objetivo evitar el daño experimentado, o acreditar cuál fue aquélla que no cumplió, causando el daño cuya indemnización se reclama. Que en un espacio público bajo administración Municipal se haya producido una situación que se tradujo en daño para una persona, no implica necesariamente que se genere responsabilidad de dicho órgano por falta de servicio, ya que ello importaría aceptar una responsabilidad objetiva o estricta, que nuestro ordenamiento legal no consagra³⁶⁶”.

Sobre lo mismo, la doctrina especializada ha estimado que “algunos de los fundamentos de la responsabilidad objetiva deben quedar descartados tratándose del

³⁶⁴ Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006 (Considerando 1°).

³⁶⁵ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008. Sentencia Primera Instancia.

³⁶⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de marzo de 2008, Rol N°483-2007 (Considerando 7°).

estado de las vías públicas. En efecto, tanto la teoría del riesgo como la teoría del provecho, que le complementa, mencionadas frecuentemente por los civilistas para justificar la responsabilidad objetiva, no pueden ser aplicadas en esta materia. No se trata de un actuar del Estado en la consecución de sus fines de interés público, sino que por el contrario, de proporcionar medios de desplazamiento precisamente a quienes van a utilizar la vía en su particular provecho y con su actividad material. La responsabilidad objetiva podría utilizarse en materia de actividad pública, pero resulta difícil cuando se trata de una situación pasiva por parte del Estado³⁶⁷.

Asimismo, se ha observado que “la responsabilidad objetiva o estricta, propuesta como régimen general en materia de responsabilidad del Estado, desplazaría sobre la colectividad la generalidad de los perjuicios en que haya intervenido causalmente algún órgano de la administración. Los efectos de esa regla son absurdos, tanto desde la perspectiva de la justicia correctiva, como de la asignación racional de los recursos públicos³⁶⁸”.

4.2.2 Falta de servicio como criterio de imputación.

En el segundo caso, se establece que lo que caracterizaría al régimen de responsabilidad por culpa es precisamente la existencia de un criterio de atribución por culpa específico, cuál sería la falta de servicio. Al respecto, se ha dicho que “la Constitución sólo establece un régimen de imputación de responsabilidad patrimonial, en función de la falta de servicio. Este criterio de imputación, funciona de forma similar al que posee el estatuto de responsabilidad civil extracontractual del derecho común, que se articula en función de la culpa del hechor³⁶⁹”.

No obstante, son pocos los casos en que la jurisprudencia es tajante al determinar que se trata de un régimen de responsabilidad por culpa cuando así lo

³⁶⁷ PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.154.

³⁶⁸ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.493.

³⁶⁹ Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008 (Considerando 21°). En este mismo sentido ver: PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. Op. Cit. p.150.

considera, sino que más bien se remite a sus requisitos característicos para dejar entrever esa tendencia, generalmente recurriendo al artículo 2329 y 2314 del Código Civil y exigiendo la concurrencia de dolo o culpa junto con el hecho, el perjuicio y la relación de causalidad.

Sin embargo, la doctrina si ha formado una tendencia marcada, en atención a considerarlo como una responsabilidad por culpa. Así, se ha dicho que la “responsabilidad por falta de servicio es subjetiva, de momento que es necesario acreditar que el órgano no ha cumplido con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador no obstante de disponer con los recursos para ello³⁷⁰”.

En ese sentido también se ha dicho que “la responsabilidad del Estado no es de carácter objetivo, sino subjetiva, por cuanto corresponde a los demandantes probar tanto la falta de servicio del Fisco como su relación causal con los daños, los que también deben ser acreditados³⁷¹”. “En la falta de servicio no basta con la mera causalidad material, pues se exige la falta o culpa del servicio que debe ser probada y establecida por el Juez³⁷²”. Esta negligencia corresponde probarla a los actores³⁷³, y no dar por sentado que se está relevado de tal carga.

Asimismo, se ha dicho que “si bien la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 43 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otros términos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad Municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del Municipio condenado. De este modo, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad Municipal, ésta necesariamente supone que el Municipio incurra en una falla en su actuación³⁷⁴”.

³⁷⁰ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

³⁷¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 de septiembre de 2008, Rol N°1917-2007 (Considerando 16° y 18°).

³⁷² Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006.

³⁷³ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.

³⁷⁴ Sentencia Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°2787-2008 (Considerandos 5° y 6°).

4.3 Régimen de responsabilidad de las sociedades concesionarias.

Sobrepasada la discusión sobre si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual vista en el Capítulo I, y adoptando esta segunda opción, la postura mayoritaria considera que la responsabilidad de las sociedades concesionarias por accidentes causados en carreteras concesionadas es de carácter objetiva. Esto, por cuanto la generalidad de los contratos de concesión en la materia señalan que es la concesionaria quien deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros³⁷⁵.

En efecto, el hecho de pactar en un contrato de concesión de obra pública de carreteras una responsabilidad general por daño, ha sido interpretado por la jurisprudencia como una abstracción del régimen de responsabilidad por culpa, y una adopción de un régimen de responsabilidad objetiva. Justamente, se ha dicho que “recogiendo el Código Civil como regla general la responsabilidad subjetiva, estableciendo que todo daño debe ser reparado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, al expresarse en un contrato el hecho de asumirse responsabilidad por eventuales daños, dicha 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 el dolo, pues de no concluir así sería innecesaria la estipulación y, de acuerdo al artículo 1562 del Código Civil debe preferirse el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto sobre aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, entonces, expresiones tales como “todo daño de cualquier naturaleza será de exclusiva responsabilidad del concesionario” equivale a someterse a las reglas de la responsabilidad objetiva³⁷⁶”.

A modo de ejemplo, se ha determinado que esto puede deducirse de la LOC MOP, la “ley de concesiones de obras públicas, [y] las bases de licitación y

³⁷⁵ En este sentido: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Op. Cit.

³⁷⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2008, Rol N°2330-2000 (Considerando 3°). En este sentido ver también: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2008, Rol N°11965-2004.

adjudicación del proyecto..., 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 concesión³⁷⁷”.

Bajo la misma postura, la doctrina ha dicho también que la responsabilidad de las sociedades concesionarias se establece “con prescindencia de si, en el caso concreto, se le puede atribuir culpa, pues lo único que la norma exige para imponerle responsabilidad es que los daños se ocasionen con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma y que no sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato³⁷⁸”.

Frente a esta lógica, las sociedades concesionarias suelen recurrir a una argumentación más bien doctrinaria que fáctica al invocar el Principio de Buena Fe en materia contractual del artículo 1556 del Código Civil. En función de esta disposición, lo que principalmente buscan es eximirse de responder por situaciones no pactadas expresamente en el contrato, y evitar una interpretación extensiva del mismo por parte de los tribunales, que eventualmente las lleve a ser responsables residuales frente a situaciones que bien podrían competir al Estado a pesar de la existencia del contrato³⁷⁹.

³⁷⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2008, Rol N°11965-2004 (Considerando 2°).

³⁷⁸ DIEZ SCHWERTER, José Luis. Op. Cit. p.82.

³⁷⁹ En este sentido, cabe recordar que el contrato de concesión de obra pública no busca eximir al Estado de su responsabilidad por la prestación del servicio, sino que se erige como una forma alternativa de cumplir con esa obligación de prestación. Esto se explica principalmente por la temporalidad de las concesiones, en virtud de lo cual la obra pública fiscal concesionada jamás deja de estar bajo la titularidad del Estado. En este sentido ver: VIÑUELA HOJAS, Mauricio. La Concesión de Obras Públicas en Chile: ¿Privatización de la Responsabilidad del Estado en la Empresa concesionaria? Op. Cit. En este mismo sentido, la Contraloría ha determinado que “un servicio concedido, nace siempre, y salvo disposición expresa de la ley, de la voluntad de la autoridad que opta por no ejecutar directamente uno de los cometidos que le conciernen, y que es de interés público, para entregar a un particular concesionario que

Un claro ejemplo es el caso de los accidentes provocados por animales en la carretera³⁸⁰. Al respecto, el artículo 2326 inciso primero del Código Civil establece una presunción de culpabilidad al disponer que el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

Si bien esta es una hipótesis bastante frecuente la tendencia jurisprudencial, salvo en contadas excepciones en que se ha establecido una responsabilidad solidaria³⁸¹, ha sido la de responsabilizar a las sociedades concesionarias por la falta de fiscalización de las zonas aledañas o bien por los cerramientos insuficientes de las carreteras, obviando la aplicación del referido artículo 2326, e incluso de ciertas disposiciones de la Ley de Tránsito que establecen la misma solución. Esto, si bien representa una ventaja importante para las víctimas, resulta en un beneficio injustificable para los tenedores irresponsables.

Sin embargo, no obstante la existencia de esta disposición, nuevamente la defensa de las concesionarias ha radicado principalmente en hacer una interpretación del contrato a la luz del Principio de Buena Fe. Este argumento no solo no ha sido fructífero sino que ha resultado ser un arma de doble filo, ya que bajo la misma lógica de la buena fe contractual la jurisprudencia ha puesto bajo su responsabilidad la adopción de todas las medidas necesarias para evitar accidentes y reparar perjuicios de terceros inocentes.

En efecto se ha dicho que “no es aceptable concebir que una empresa que se adjudica la concesión de una ruta de tanto movimiento... no adopte por mandato contractual y por razones básicas de seguridad, todas aquellas medidas que impidan u

acepta someterse a las normas de derecho público, el desarrollar la respectiva actividad.” (Dictamen N°23701 de la Contraloría, de 1 de julio de 1999).

³⁸⁰ En el caso de las Municipalidades, también existen casos aislados en que se les ha imputado responsabilidad por accidentes en vías públicas causados por animales que no son de su dominio, considerándose que se ha vulnerado la obligación de tomar las medidas necesarias para que ese tipo de accidentes, a pesar de la irresponsabilidad del dueño del animal, no ocurran. En ese sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005, Rol N°2655-2005.

³⁸¹ En este sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 19 de abril de 2007, Rol N°22-2007.

obstaculicen la libre circulación vehicular, evitando así que a sus usuarios se les produzcan daños con motivo del uso de tal vía concesionada. La ley del contrato le impone esta obligación a la concesionaria, y el artículo 1546 del Código Civil señala, además, la obligación a las partes de ejecutar los contratos de buena fe, imposición legal que no se cumple de mantenerse la vía en condiciones de producir daños a los que por allí circulan³⁸².

De igual forma, “tanto la ley del contrato como la obligación de ejecutar los contratos de buena fe imponen a la concesionaria el deber de mantener la vía en condiciones de no producir daños a quienes por allí circulan, obligación que se ve incumplida cuando un animal que ha ingresado a la vía produce un accidente, al colisionar con él uno de los usuarios, sin que pueda atribuirse la producción del daño al propietario del animal, porque es quien explota la concesión sobre quien pesa 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 vía³⁸³”.

Frente a ello, las concesionarias han dicho que este razonamiento por parte de la jurisprudencia constituye un error, por cuanto se están extendiendo los efectos del contrato de concesión, invocando el artículo 1556, a obligaciones que no forman parte de él, ni por esencia, ni por naturaleza, desconociendo que el sistema concesional supone el cumplimiento de un contrato³⁸⁴. Frente a lo infructuoso de esta defensa, el único recurso disponible sería exonerarse de esta responsabilidad alegando caso fortuito en virtud del artículo 1547 del Código Civil³⁸⁵.

Con todo, existen ciertos sectores doctrinarios y jurisprudenciales minoritarios que no identifican la responsabilidad de las sociedades concesionarias con un régimen

³⁸² Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2008, Rol N°11965-2004 (Considerando 3°). En este sentido ver también: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2009, Rol N°9196-2006; y, BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Op. Cit.

³⁸³ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2008, Rol N°11.965-2004 (Considerandos 2° a 4°).

³⁸⁴ En este sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 28 de enero de 2010, Rol N°6919-2008.

³⁸⁵ En este sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 2009, Rol N°9196-2006.

objetivo, sino más bien con el concepto de culpa organizacional. Al respecto, se ha señalado que estos casos no son “una forma de responsabilidad estricta u objetiva, sino una manera de atender a los deberes de cuidado que el empresario tiene para con la víctima, de acuerdo con los criterios generales de una responsabilidad fundada en la infracción de deberes de diligencia, solo que estos se refieren, en este caso, a la organización de recursos humanos, técnicos y físicos que el empresario pone en funcionamiento. Por eso, el defecto de conducta, que es característico de juicio relativo a la culpa y que surge de comparar el comportamiento efectivo con el estándar de conducta debida, es condición para dar por establecida, precisamente, una culpa en la organización³⁸⁶”, recurriendo en este caso igualmente al criterio de normalidad del servicio.

De igual forma, “la responsabilidad del concesionario de obra pública no es de naturaleza objetiva, sino subjetiva. En efecto, el resarcimiento de daños derivados de accidentes ocurridos en carreteras o rutas concesionadas corresponde a una responsabilidad extracontractual, ya que no existe un vínculo jurídico previo entre la víctima directa y el concesionario, y de índole subjetiva, toda vez que no se puede fundar una responsabilidad estricta sin base en precepto legal. Que el artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señale 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, no significa que dicha norma establezca un sistema de responsabilidad objetiva, sino se limita a identificar como sujeto pasivo de la obligación de indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria, en el caso de que se ocasionaren daños con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma³⁸⁷”.

³⁸⁶ BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.746.

³⁸⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2010, Rol N°3311-2009 (Considerandos 1° y 3°).

5. CAUSAS JURISPRUDENCIALES MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD.

Las causas jurisprudenciales modificatorias de responsabilidad se refieren a aquellas circunstancias especiales de cada caso que influyen en la decisión del tribunal, ya sea fallando a favor o en contra de una de las partes, o bien regulando el quantum de la indemnización de perjuicios.

En el caso de las atenuantes o causales de exoneración, se trata de hipótesis en que se excluye la relación de causalidad o la imputación del daño, y con ello la responsabilidad per se. Genéricamente, encontramos casos en que el daño no es atribuible jurídicamente, y casos en que si bien el daño es atribuible, la administración no está obligada a repararlo. Esto último ocurre cuando se trata de daños jurídicos, esto es, daños que la víctima debe soportar por cuanto derivan de un acto regular o lícito y en su materialización no se vulneró ningún derecho o garantía consagrado en la Constitución o en las normas dictadas conforme a ella. En este sentido, debe tenerse presente que “el acto lícito no es simplemente un acto revestido de formalidad legal, sino que además debe contener una causa de justificación que legitime su actuar. De lo contrario, sólo será aparentemente lícito y, en realidad, se tratará de un acto irregular o ilícito³⁸⁸”.

La característica principal de las causales de exoneración es que se trata de casos que “deben estar expresamente establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea en términos generales o específicos, que legitimen el actuar de la administración³⁸⁹”. Sin embargo, como veremos a continuación, en materia de accidentes en vías públicas las causales que podrían llevar a una eventual exoneración del servicio en cuestión distan de estar taxativamente consagradas en la ley. Se trataría más bien de apreciaciones subjetivas del caso concreto, en virtud de las cuales es posible inferir si es que medió o no negligencia, o bien que grado de diligencia era exigible en esa hipótesis.

³⁸⁸ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.300.

³⁸⁹ Ibid, p.301.

La doctrina ha tratado de explicar este criterio estableciendo que “así como para determinar la responsabilidad de la administración se debe analizar siempre, en primer lugar, la situación de la víctima, en cuanto si estaba o no obligada jurídicamente a soportar el daño, igual análisis se requiere para establecer la irresponsabilidad de aquella³⁹⁰”.

En el caso de las agravantes, se trata de ciertas circunstancias concomitantes al hecho principal que hace aún más patente u obvia la responsabilidad del servicio, lo que resulta especialmente importante en los casos grises como los del multiplicidad de causas, o bien ayudan a aumentar los montos de las indemnizaciones.

A continuación, analizamos las causas jurisprudenciales modificatorias de responsabilidad más recurrentes, y que en su mayoría resultas ser de carácter atenuante.

5.1 Exposición imprudente al daño por parte de la víctima.

Dentro de las causales de exoneración, la más recurrida es la exposición imprudente al daño del artículo 2330 del Código Civil, aplicado no solo a la víctima misma sino que también a aquellos partícipes que podrían haber evitado el accidente³⁹¹, excluyendo la imputación del daño.

En este caso, nos encontramos con que la posición de la víctima resulta ser antijurídica, distinguiéndolo de aquellos casos en que media culpa de su parte, caso en que no operaría una causal de exoneración de responsabilidad sino más bien una atenuante de la misma. Por ejemplo, “el conductor que manejando en estado de ebriedad cae a un bache, lesionándose, verá atenuada la responsabilidad de la administración si se prueba que se expuso imprudentemente al daño, teniendo aplicación el artículo 2330 del Código Civil como norma de integración del Derecho Común, porque en el fondo tenía el deber jurídico de soportar algunos daños, pero no todos. Por otra parte, si un conductor luego de robar el vehículo, huye de la policía a 100 km/h y cae a un bache, podría incluso sostenerse irresponsabilidad patrimonial de

³⁹⁰ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.302.

³⁹¹ En este sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

la administración³⁹²”, actuando la posición ilegítima manifiesta de la víctima como causal de exoneración.

Por otro lado, se ha dicho que “todos los factores o circunstancias en los que pudo tener origen las lesiones que afirma haber sufrido la demandante, deben ser considerados al tiempo de determinar una eventual indemnización a modo de atenuante de responsabilidad y consecuentemente disminuyendo el monto de las eventuales indemnizaciones³⁹³”.

Así, nos encontramos con que podría considerarse como una exposición imprudente al daño el exceso de velocidad, la ingesta de alcohol, la falta de mantención del automóvil, las condiciones del tránsito³⁹⁴ o cualquier tipo de infracción a la Ley del Tránsito. Asimismo, pueden considerarse también las circunstancias intrínsecas a la persona, que ésta debía manejar al momento de realizar una determinada actividad tales como problemas de visibilidad o en general de salud³⁹⁵.

De igual forma, se considera como tal el uso indebido de las vías. Al respecto, la Ley de Tránsito establece en su artículo 165 que las vías públicas deberán destinarse a cumplir su objetivo, prohibiéndose; (i) destinar las calzadas de calles o caminos a otro uso que no sea el tránsito de vehículos; (ii) practicar cualquier juego o deporte; (iii) ejercer el comercio ambulante en calzadas y bermas o el comercio estacionado sin permiso municipal o sin autorización del Ministerio de Obras Públicas,

³⁹² HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.304.

³⁹³ Sentencia Corte Suprema, 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003 (Considerando 5°).

³⁹⁴ Las condiciones del tránsito apuntan a la calidad de las vías, caminos, aceras y puentes, de forma que no solo se asocia al Artículo 2330 del Código Civil. En ese sentido, factores a considerar a la hora de determinar la responsabilidad son el número de pistas de la vía, la existencia de paseos peatonales, la protección y seguridad de esos paseos, el material utilizado en la construcción o las advertencias de capacidad máxima, la cantidad o flujo de tránsito de la zona, las condiciones climáticas, la hora del día, la visibilidad o la frecuencia de accidentes en esa zona. En este sentido ver: Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007; Sentencia Corte Suprema, 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005; y, Sentencia Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006.

³⁹⁵ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005; Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004; Sentencia Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000; y Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de diciembre de 2007, Rol N°223-2006.

en su caso; (iv) construir o colocar quioscos, casetas y toda otra instalación similar, sin permiso del Ministerio de Obras Públicas o de la Municipalidad, en su caso; (v) colocar, cargar, arrastrar o hacer rodar bultos, canastos u otros, cuyo tamaño o forma moleste a los peatones o entorpezca el tránsito; (vi) colocar propaganda y otros objetos que puedan entorpecer el tránsito de peatones o vehículos; (vii) ejecutar cualquier trabajo en las aceras o calzadas sin permiso de la Municipalidad o de la Dirección de Vialidad, en su caso y sin dar aviso previo de ello a la unidad de Carabineros del sector; (viii) depositar escombros y otros materiales sin permiso de la Municipalidad o la Dirección de Vialidad, en su caso; (ix) efectuar trabajos de mecánica que no sean de emergencia y lavar vehículos; (x) instalar bombas surtidoras de combustibles; y, (xi) dejar animales sueltos o amarrados en forma que pudieren obstaculizar el tránsito. El cruce de animales de uno a otro lado de la vía, sólo podrá hacerse en lugares autorizados y previamente señalizados.

Con todo, “la reducción de la indemnización contemplada en la ley chilena dice relación exclusivamente con la concurrencia de exposición de la víctima al daño sufrido y, en caso alguno, tendrá relevancia a su respecto la calidad o capacidad económica del responsable³⁹⁶”.

Sin embargo, esta causal no es admisible por su sola aseveración, sino que se requiere probar expresamente como ocurrió esa exposición imprudente³⁹⁷. Esto, por cuanto a la hora de aplicar el artículo 2330 del Código Civil, la jurisprudencia siempre ha tenido en consideración el ya mencionado Principio de Normalidad, y lo “normal y corriente de las cosas es que las vías públicas no tengan forados u orificios, permitiendo el libre desplazamiento de cualquier persona, sin tener en consideración el número de peatones que transiten en la vía, la velocidad a la cual se desplazan, sus problemas de presión o de visibilidad, ni el sobrepeso ni la falta de equilibrio³⁹⁸”.

³⁹⁶ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.298.

³⁹⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003.

³⁹⁸ Sentencia Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005 (Considerando 15°). De todas formas, hay sectores de la doctrina que consideran que el hecho de que “el pavimento sea irregular e incluso que haya baches más o menos profundos (especialmente en Municipios pobres), forma parte de las expectativas que puede hacerse un conductor diligente acerca del servicio público” (BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit. p.740.)

De esta forma, vemos que el criterio imperante en la jurisprudencia ha sido considerar que “la posible culpa de la víctima, dado el hecho que éste habría transgredido la copiosa normativa de tránsito, no exime la responsabilidad de la Municipalidad ya descrita, más bien se confirma la hipótesis de culpa compartida, al concurrir falta de servicio, por parte de la autoridad edilicia, y negligencia o imprudencia por el lado de la víctima³⁹⁹”. Incluso, cuando en el accidente media la transgresión de una norma por parte de la víctima, se ha resuelto que “la violación de una norma de tránsito no basta por sí sola para determinar la culpabilidad de quien las transgrede y la verdadera relación de causalidad que originó el accidente⁴⁰⁰”.

En este último sentido, y específicamente en el caso de las vías concesionadas, se ha dicho que “procede rechazar el argumento de haberse expuesto la víctima imprudentemente al riesgo al no ir atento a las condiciones del tránsito, ya que resultó no controvertido en el juicio el hecho de haber embestido los caballos de frente al móvil conducido por la víctima, animales que iban guiados por un ciclista. En estas circunstancias no resulta digno de reproche alguno el ser embestido por un ciclista que viaja de frente llevando algunos caballos, ya que tal hecho por la naturaleza misma de lo original e inesperado que resulta, no permite alertar suficientemente a un conductor como para impedir las consecuencias de ese actuar. Podrá sostenerse que se expone imprudentemente a un riesgo quien asume una actitud riesgosa, ya sea por acción u omisión; pero mal puede considerarse algún grado de exposición al riesgo en quien conduce normalmente un vehículo motorizado por una vía destinada a ello, en condiciones que permiten hacerlo incluso a velocidades de hasta 120 kilómetros por hora, sin que quepa la posibilidad de imputársele reproche alguno en tal accionar⁴⁰¹”.

5.2 Causa extraña, caso fortuito o fuerza mayor.

³⁹⁹ Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.

⁴⁰⁰ Ibid (Considerando 5°).

⁴⁰¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2008, Rol N°2330-2005 (Considerando 4°).

“La doctrina administrativista se ha referido al concepto de causa extraña, para referirse a aquellas causas de exoneración que efectivamente liberan de responsabilidad al Estado⁴⁰²”. “La causa extraña consiste, tratándose de la responsabilidad estatal, en el hecho irresistible y jurídicamente ajeno o exterior al Estado. Y... constituye causa extraña la fuerza mayor⁴⁰³⁻⁴⁰⁴”.

Es de la esencia de este criterio, que se trate de una causa absolutamente externa a la administración. Así, “para que se configure la causa extraña es necesario, en primer lugar, demostrar cuál fue la causa del daño. Si la causa permanece desconocida, falta el elemento esencial de la causa extraña... [Así], la falla mecánica o vicio interno de la actividad, así como el hecho del agente público que cumple una función al servicio del demandado, no pueden invocarse como causa extraña, puesto que se trata de causas que no son ajenas o exteriores a la esfera jurídica del ente estatal causante del daño⁴⁰⁵”.

En efecto, la doctrina ha establecido que “tampoco se ha aceptado la procedencia de la excepción por caso fortuito, alegada generalmente ante supuestos defectos mecánicos, estableciéndose también en forma unánime la aceptación de la sanción derivada de la creación del riesgo..., frente al daño que pueda causar. Si el agente pretende eliminar su responsabilidad alegando desperfectos u otro caso fortuito, real o aparente, su interés se ha pospuesto ante el de la víctima, que pasivamente y sin crear riesgo alguno, ve lesionado su patrimonio u ofendida su persona⁴⁰⁶”.

⁴⁰² HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.305.

⁴⁰³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico (Constitución Política Art.90) el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1997. pp.169-170.

⁴⁰⁴ También se podría considerar como causa extraña el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima.

⁴⁰⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico (Constitución Política Art.90) el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Op. Cit. p.487.

⁴⁰⁶ ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Op. Cit. p.47.

Por otro lado nuestro Código Civil, en su artículo 45, establece que se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir. Esta disposición, en materia de responsabilidad de la administración, ha sido objeto de diferentes interpretaciones.

Para algunos, esta definición consagra expresamente un régimen por culpa, por cuanto lo que busca precisamente es exonerar de responsabilidad por ausencia de la misma. Desde esta perspectiva, el concepto civilista de fuerza mayor no podría ser aplicable, por cuanto se trataría de organismos de Derecho Público, de forma que, para poder hablar de fuerza mayor, sería necesario concebirla como un principio general de derecho, aplicando el artículo 45 como una norma de integración del Derecho Común y no como norma de Derecho Civil.

Para otros, que buscan justificar la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva, lo que excluye es la culpabilidad. Esto se extraería de una reinterpretación del artículo 45 a la luz de principios de Derecho Público.

En general, “hay situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que liberan de responsabilidad al Estado, mientras que hay otras que no lo liberan. En unas, se trata de hechos imprevisibles e irresistibles pero cuya causa es desconocida e inherente al Servicio, mientras que en otras se trata de hechos imprevisibles e irresistibles pero cuya causa es conocida y ajena al Servicio. Aquí hay dos alternativas para dos realidades jurídicas diferentes: diferenciar estas situaciones como de fuerza mayor o caso fortuito exonerante de responsabilidad estatal, o bien llamarlas como lo hace la doctrina administrativista comparada, en situaciones de fuerza mayor, para los casos en que el Estado puede exonerarse, y caso fortuito para los casos en que el Estado no puede liberarse de responsabilidad⁴⁰⁷”.

Asimismo, existen casos grises que bordean el límite de la fuerza mayor, como ocurre por ejemplo con los accidentes causados por la caída de árboles. En estos casos, la jurisprudencia ha sido vacilante a la hora de determinar si resulta o no excesivo exigir una mantención minuciosa. En efecto, en algunos casos se ha establecido que “la falta de poda de un árbol no es un hecho ajeno a la Municipalidad, como tampoco imposible de evitar. Era previsible ya que de haber realizado la mantención del árbol la

⁴⁰⁷ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.311.

lesión del peatón no hubiera acaecido, lo que guarda una debida relación de causalidad entre un mal funcionamiento del servicio con el daño provocado⁴⁰⁸.

Lo anterior, en palabras de la misma Corte Suprema, implica que “la falta de poda de un árbol no [es] un hecho ajeno... como tampoco imposible de evitar, era previsible ya que de haber realizado la mantención del árbol la lesión del peatón no hubiera acaecido, lo que guarda una debida relación de causalidad, entre un mal funcionamiento del servicio con el daño provocado⁴⁰⁹”. El caso citado, además, incorpora la variable de ser frecuente en esa ciudad la caída de árboles, de forma que su previsibilidad es aún mayor, y su ocurrencia perfectamente evitable con mediana inteligencia y cuidado. Asimismo, en este caso la Municipalidad habría procedido inmediatamente con posterioridad al accidente a la corta y poda de los árboles aledaños, lo que además habría sido interpretado como una forma de asumir la culpa del hecho.

Sin embargo, hay quienes han determinado que “las necesidades a satisfacer son muchas y deben por tanto ser priorizadas, lo que permite concluir que efectivamente la Municipalidad cumplió con ellas en la medida de lo posible⁴¹⁰”. “Es responsabilidad de la Municipalidad realizar poda en muchos árboles, pero debe priorizar en aquellos lugares como es un Paseo Peatonal, donde por las características de numerosos locales comerciales y grandes tiendas (incluido el comercio ambulante), el flujo peatonal es intenso con gran cantidad de personas... [pudiendo] ocasionar accidentes lesionando a peatones, entonces, [estos hechos pueden evitarse] si la Municipalidad hubiera prestado el servicio adecuado y esperado a favor de los habitantes de la ciudad que por ley le corresponde, siendo de su exclusiva responsabilidad y no atribuible a caso fortuito⁴¹¹”.

Un criterio similar ha sido adoptado en casos de accidentes provocados por desperfectos en la pavimentación, en los que la Corte Suprema ha dicho que “dada la envergadura que reviste el desnivel, no es exigible al Municipio que hubiese efectuado

⁴⁰⁸ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008.

⁴⁰⁹ Idem.

⁴¹⁰ Ibid (Considerando 3°).

⁴¹¹ Sentencia Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008 (Considerando 3°).

la advertencia del caso. A ello cabe agregar que admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros, avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras, y evidentemente ello no es exigible la administración⁴¹².

Por último, debe diferenciarse el caso en que la caída del árbol haya ocurrido en un camino rural o en una carretera. En ese caso es mucho más factible recurrir al caso fortuito, principalmente porque se trataría de terrenos adyacentes a una vía pública en cuyo caso cualquier intento de mantención implicaría una intervención forzada que roza en el marco de la expropiación. Para tales efectos, se han ponderado una serie de factores que permiten establecer la caída del árbol como un caso fuerza mayor, desde la edad, el enraizamiento o el grosor, hasta la saturación de agua del suelo o la arenosidad del mismo, todos factores que no pueden identificarse a simple vista ni con mediana inteligencia, cumpliendo así con la imprevisibilidad que el caso fortuito requiere⁴¹³.

En el caso de las carreteras concesionadas, se entiende que el caso fortuito o fuerza mayor libera al concesionario de toda responsabilidad, salvo que el mismo contrato establezca lo contrario. En ese sentido, el artículo 22 N°2 de la LOC de Concesiones establece que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa.

El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieron las bases de la licitación⁴¹⁴.

⁴¹² Sentencia Corte Suprema, 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006.

⁴¹³ En ese sentido: Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de enero de 2010, Rol N°306-2008.

⁴¹⁴ Si bien este artículo se refiere a la etapa de construcción de la obra, la doctrina ha identificado en él un principio general aplicable a toda fase de la misma. En ese sentido ver: RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio. Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la Institucionalidad Chilena. Santiago, Chile. Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing. 2010.

Al respecto, la jurisprudencia incluso ha puesto en el ámbito de responsabilidad de las sociedades concesionarias, los riesgos provocados por terceros estableciendo que “en cuanto a que si la producción del daño causado se debió a la intervención de terceros, en la especie el ciclista que conducía los caballos, o la explotación de la obra, deberá concluirse a favor de esta última posibilidad, toda vez que es quien explota la concesión, el que tiene la obligación de mantener el camino concesionado en términos tales de no producir daños a quienes por él transitan normalmente. 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 su obligación, cual es permitir que los usuarios circulen por tal vía con total seguridad⁴¹⁵”.

5.3 Criterios no jurídicos. Reconocimiento de responsabilidad tácito y distribución jurisprudencial de riesgos en atención a las capacidades económicas del Estado.

Dado que ciertos casos de accidentes en calles y vías públicas suelen ser cubiertos ampliamente por los medios de comunicación, no es raro que frente a esa cobertura mediática existan declaraciones por parte de los involucrados las cuales, más allá de toda base de independencia e imparcialidad, permiten establecer de antemano una responsabilidad respecto de la demandada.

Esto suele ocurrir cuando se trata de instalaciones o caminos que intentaron ser reparados y no lo fueron, o bien que se encontraban en planes de reparación. Cuando

⁴¹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2008, Rol N°2330-2005 (Considerando 4°). Este fallo, además establece que “del mismo modo no es plausible aceptar que la geografía del lugar impediría la construcción de barreras de protección, pues los hechos, en cuanto a su realización, se pueden clasificar en posibles o imposibles físicamente. La posibilidad o imposibilidad debe ser coetánea a la celebración del contrato, por lo que de resultar imposible la construcción de estas protecciones, atendido al principio de que a lo imposible nadie está obligado, no debió haberse celebrado el contrato ya que al concesionario le constaba que no iba a poder cumplir un hecho imposible, y no es lícito obligarse a sabiendas de un incumplimiento futuro. Pero, a contrario sensu, si no constaba la imposibilidad es porque el hecho era posible, por lo que bien debió y pudo haberse realizado”.

el accidente ocurre en el tiempo intermedio entre observar la deficiencia de seguridad y efectivamente repararla, existe un vacío legal que la jurisprudencia ha llenado a través de medios externos, como son las declaraciones públicas de las cuales sea posible extraer la intención efectiva de la demandada⁴¹⁶.

En efecto, la Corte Suprema ha considerado dentro de sus criterios la actitud asumida por los demandados desde el momento mismo del hecho generador del daño⁴¹⁷. Sin embargo, se ha dicho que atribuir responsabilidad en atención a declaraciones extrajudiciales, no solo implica una violación de las normas probatorias de nuestro ordenamiento jurídico, sino que asimismo llevaría al extremo de establecer que en ciertos casos ciertas medidas prejudiciales podrían interpretarse como confesiones.

Por otro lado, tratándose de materias de tramitación inicialmente administrativa, la Corte Suprema ha considerado como una especial agravante de responsabilidad el hecho de haberse denunciado por la víctima el mal estado de los bienes públicos, con anterioridad al accidente. Considerando que tales denuncias deben llevarse por conducto regular en la respectiva Municipalidad, es especialmente negligente el tener conocimiento del hecho y no haber tomado medidas al respecto, o bien no tomar las medidas que correspondían⁴¹⁸. Es este tipo de circunstancias anteriores a la ocurrencia del hecho las que llevan a calificarlo directamente como un cuasidelito civil.

A mayor abundamiento, frente a la posición desigual en que puede encontrarse la víctima de un accidente de esta índole en relación a un órgano de la administración del Estado, la jurisprudencia suele hacer una especie de distribución de riesgos adjudicándole responsabilidad a estos últimos por el hecho específico de contar con mayores recursos.

En efecto, se ha dicho que “la consecuencia que ha ocasionado la falta de observancia a normas legales expresas por parte de la demandada, debe ser sancionada de forma ejemplar por el tribunal ya que no es posible que una Municipalidad con tantos recursos no se preocupe de mantener en buen estado de

⁴¹⁶ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

⁴¹⁷ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

⁴¹⁸ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2007.

conservación y seguro para el uso [a los bienes e instalaciones determinados]⁴¹⁹. De igual forma, la Corte Suprema ha establecido que “sostener lo contrario significa caer en el extremo que todos los habitantes de la comuna deben revisar el estado de conservación de las calles antes de transitar en ellas⁴²⁰”.

Un caso peculiar que refleja este criterio de distribución de riesgos es lo que ocurre cuando ciertas modificaciones en la señalética o en el uso de las vías públicas es determinada a través de un decreto alcaldico, publicado en el Diario Oficial. En este caso, la necesidad de redistribuir los riesgos se contrapone a la presunción de conocimiento del Diario Oficial, dado que en la práctica nadie efectivamente toma conocimiento de las modificaciones legales por esa vía.

Frente a ello, la Corte Suprema igualmente ha optado por favorecer a la víctima, estimando que la mera publicación de las medidas no es suficiente y no se considera como medida adecuada de publicidad que busque evitar accidentes. Esto inevitablemente redirecciona el debate hacia la determinación sobre qué es lo que debe considerarse como medida adecuada⁴²¹, debate que generalmente privilegia a las medidas tangibles por sobre las legales, excluyendo de paso otras excusas como el conocimiento público y general del estado de las calles por parte de los particulares⁴²².

⁴¹⁹ Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007 (Considerando 4°).

⁴²⁰ Ibid (Considerando 6°).

⁴²¹ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000. En este caso, la Corte Suprema consideró que la Municipalidad demandada no tomó los resguardos suficientes para mantener el acceso impidiendo el tránsito vehicular y peatonal, mediante la colocación y mantención de barreras de contención adecuadas, sin señalizaciones ni advertencias de ninguna índole.

⁴²² En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.

CAPÍTULO III: CONCLUSIONES.

1. A PESAR DE LA EXISTENCIA DE NORMATIVA ESPECÍFICA, FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE ÓRGANOS DEL ESTADO, LA JURISPRUDENCIA POR REGLA GENERAL APLICA LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución, y sus artículos complementarios, no han querido consagrar un régimen específico de responsabilidad sino que han fijado una premisa fundamental que puede ser interpretada como un principio general de derecho o una garantía institucional⁴²³ en materia de responsabilidad, o bien como una norma de competencia. Es más, “si recurrimos al elemento de interpretación histórico, de las sesiones celebradas por la Comisión

⁴²³ En ese sentido: ROMÁN CORDERO, Cristián A. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su concesionario Vial, Frente al Usuario Lesionado.

Constituyente, tampoco se desprende la intención de regular sustantivamente el artículo 38 inciso 2° una materia de tal importancia, como la responsabilidad patrimonial de la administración⁴²⁴.

Así, esta disposición que “sólo declara que cualquier persona podrá reclamar..., difiere de los casos en que el legislador ha querido establecer directamente un responsabilidad patrimonial⁴²⁵” determinada, dejándole esa tarea a la labor jurisprudencial. Sin embargo, con ello la argumentación judicial en torno a establecer la responsabilidad patrimonial del Estado resulta eventualmente deficiente, por cuanto carece de una pauta precisa y de principios básicos a los cuales adecuar las decisiones.

Frente a este panorama, la respuesta lógica sería que la jurisprudencia recurriese a las premisas normativas consagradas en los artículos 4 y 42 de la LOCBAGE. Sin embargo, estas disposiciones legales tampoco consagran un régimen de responsabilidad patrimonial específico, sino que por el contrario, reproducen la misma idea consagrada en la Constitución sobre un principio general de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado sin mayores calificaciones. Ello, además hace que cualquier interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia hagan de estas disposiciones, pueda eventualmente arrojar como resultado la inconstitucionalidad de las mismas.

Así, atendido a que la Constitución y la LOCBAGE no establecen un régimen integral de regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, la jurisprudencia ha considerado como aplicable, de forma supletoria, las reglas de responsabilidad civil extracontractual⁴²⁶ consagradas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. En efecto, “en la totalidad de los casos estudiados, aún en aquellos en que los tribunales realizan un reconocimiento expreso de que la responsabilidad extracontractual del Estado se rige por norma de derecho público, se han terminado resolviendo las

⁴²⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Responsabilidad del Estado, Falta de servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Op. Cit. p.374.

⁴²⁵ Ibid, p.375.

⁴²⁶ En ese sentido: Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008.

indemnizaciones de conformidad a las reglas del Código Civil en la fijación de la cuantía de las mismas.

Podemos afirmar, entonces, que siempre los tribunales han aplicado el Código Civil en los casos de responsabilidad de la administración, utilizando por momentos criterios de intercambiabilidad completa entre normas de derecho público y privado⁴²⁷. Esto ha sido justificado por la doctrina al establecer que “no es suficiente argumentar en el sentido de que lo público y lo privado no puede confundirse, dando por sentado que lo previsto en el derecho común nunca es aplicable en campo del derecho público.

Más bien, por el contrario, la unidad y coherencia del sistema jurídico apunta en una dirección distinta, haciendo posible proyectar las instituciones del derecho privado como elemento supletorio de la legislación que regula los actos de la administración. Es incuestionable, por otra parte, que cada día es más difusa la distinción entre derecho público y derecho privado y que existen zonas en que es extremadamente difícil justificar la diferencia⁴²⁸, tal como ocurre en este caso.

Sin embargo, siendo esta la primera conclusión, la doctrina igualmente ha considerado que “el peligro de seguir analizando la responsabilidad del Estado bajo el prisma de las normas del derecho civil, con seguridad, significará, salvo en los casos en que el legislador ha hecho un tratamiento expreso de la cuestión, un peligroso retroceso a la jurisprudencia del caso Granja con Fisco del año 1938, que junto con aceptar la aplicación del Código Civil en aquellos supuestos de actividad material de la administración denominados de gestión, establecía como regla general la imposibilidad de fallar la responsabilidad estatal tratándose de actos de autoridad o poder, a menos que una ley expresa así lo establecería, resultando así, que la responsabilidad para este amplio campo de supuestos de abusos y daños causados a los particulares sólo sería excepcionalmente indemnizada⁴²⁹”.

⁴²⁷ CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Op. Cit. p.119.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Op. Cit. p.22.

⁴²⁹ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. La Responsabilidad del Estado Chileno por Hechos de la Administración: Avances y Retrocesos.

Con todo, frente a la evidente tendencia jurisprudencial, “cabe preguntarse: ¿por qué razón puede sostenerse la aplicación del estatuto común de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado? La respuesta es clara:

- (i) Porque a falta de una regulación especial, el Código Civil suple la ausencia de dicha normativa, dado el carácter supletorio reconocido en el artículo 4 del mismo código;
- (ii) Porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición;
- (iii) Porque si el constituyente estimó que el Estado estaba afecto a responsabilidad, la falta de un estatuto especial no puede impedir que aquélla se haga efectiva, debiendo, sin perjuicio de aplicarse la normativa supletoria ya indicada, llenarse una supuesta laguna legal recurriéndose a la analogía (lo cual nos remite necesariamente a la reglamentación general a que están afectos los particulares;
- (iv) Porque la responsabilidad del Estado derivada de un hecho ilícito... supone la intervención... del agente que causa daño, lo cual está reglamentado en el Código Civil;
- (v) Porque la responsabilidad del estado no es ni más ni menos estricta que la que corresponde a los demás sujetos de derecho, sin perjuicio de ciertas particularidades derivadas de los fines propios del Estado;
- (vi) Porque las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil permiten proteger a las personas en general, remediando los daños causados por la falta de diligencia y cuidado de los agentes públicos;
- (vii) Porque al no establecerse un estatuto especial para encarar la responsabilidad del estado, tanto el constituyente como el legislador dejaron entregada esta materia a la regulación aportada por el derecho común; [y,]
- (viii) Porque al aludirse constantemente al derecho del estado de repetir contra el funcionario que provoca el daño, ha quedado testimonio elocuente de que tras la responsabilidad del estado subyace siempre un ilícito civil⁴³⁰.

⁴³⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit. pp.21-22.

2. NO EXISTE UNA POSICIÓN UNÁNIME SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. LA GENERALIDAD DE LOS CASOS RESPONDEN A LA LÓGICA DE LA FALTA DE SERVICIO, SIN PERJUICIO DEL FUNDAMENTO QUE ESGRIMA EL TRIBUNAL.

En el caso específico del artículo 42 de la LOCBAGE, vemos que el concepto de falta de servicio ha sido utilizado a fin de interpretar la existencia o preponderancia tanto de un régimen objetivo como de uno por culpa.

Este concepto, más bien busca poner en evidencia y sancionar un “reproche al actuar de la administración que provoca daño a los particulares⁴³¹”. De esta forma, podríamos afirmar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado no es de carácter objetivo o por culpa, sino que es el régimen de falta de servicio como institución especial de carácter sui generis.

Adoptar la postura del régimen especial tiene como efecto directo el abandono y consecuente saneamiento de las críticas hechas a los regímenes de responsabilidad clásicos ya analizados. En efecto, si se considera que es un régimen por culpa, podrían vulnerarse ciertos principios básicos tales como: (i) el principio de la servicialidad del Estado; (ii) el principio de respeto a los derechos fundamentales o principio pro-administrado; y, (iii) el principio de igualdad ante las cargas públicas. En cambio, si se tratase de una responsabilidad objetiva, inevitablemente caeríamos en la responsabilidad irrestricta, dado el tipo de funciones que los órganos administrativos deben cumplir en materias viales.

En efecto, “para dilucidar si concurre en el caso la falta de servicio generadora del deber de responder, es preciso ponderar en cada supuesto en particular el alcance de la obligación cuyo incumplimiento se imputa al Estado, teniendo muy especialmente en cuenta los medios con los que se cuenta para su ejecución. De lo contrario, se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios, lo cual generaría una suerte de

⁴³¹ HUEPE ARTIGAS, Fabián. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Op. Cit. p.376.

responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado, transformando a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad⁴³²”.

Por lo mismo, vemos que “la dificultad para demostrar la existencia de una falta de servicio por omisión surge porque muchas de las facultades asignadas por el ordenamiento jurídico a los entes relativas a sus funciones de vigilancia son de índole discrecional. De ahí que, en algunos casos no actuar, o por lo menos no hacerlo en un determinado sentido o tiempo puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de su potestad discrecional el ente regulador puede adoptar⁴³³”.

Dado lo anterior, creemos acertado aplicar en esta materia un criterio de normalidad, aplicación que ciertamente se ha dado en la jurisprudencia, pero entendiendo que “la normalidad del servicio tiene que ver con expectativas normativas de la comunidad, [y] no se refiere a aquello que uno quisiera como servicio eficiente (que es un estándar que tiende al infinito y que daría lugar a responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio), sino a aquello que se tiene derecho a esperar.

Así, por ejemplo, no cabe duda que la Municipalidad incurre en una falta de servicio si expone a las personas al riesgo de caer a un pozo que no está señalizado; es discutible, por el contrario, que las Municipalidades tengan que mantener las aceras libres de cualquier defecto que pueda ocasionar una caída de un transeúnte⁴³⁴”.

Este requisito, se relaciona igualmente con el hecho que el deber de actuación debe ser materialmente posible. “Para que exista inactividad administrativa, es necesario que la actuación exigida sea materialmente posible, ya que si ello no es así no puede verificarse una inactividad administrativa ni menos comprometer la responsabilidad estatal, ya que nadie, ni siquiera la administración, está obligada a lo imposible⁴³⁵”.

⁴³² PERRINO, Pablo E. La Responsabilidad Patrimonial de los Entes Reguladores por Incumplimiento de las Funciones de Vigilancia. Servicio Público, Policía y Fomento. Op.Cit. pp.12-13.

⁴³³ Ibid, p.1.

⁴³⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit. p.511.

⁴³⁵ ROMÁN CORDERO, Cristián A. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su concesionario Vial, Frente al Usuario Lesionado.

3. A PESAR DE LOS MÚLTIPLES INTENTOS LEGISLATIVOS, LOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN PASIVA NO HAN SIDO ZANJADOS POR LA JURISPRUDENCIA.

Como se dijere incluso en la misma introducción de este trabajo, siendo que gran parte de la legislación pertinente busca desconcentrar la responsabilidad por desperfectos viales en atención a la distribución regional de las reparticiones administrativas, como por ejemplo, la LGUC, la Ley de Caminos o la LOC de Gobierno y Administración Regional, lo cierto es que en última instancia, las principales responsables frente a la jurisprudencia son las Municipalidades.

En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que “una interpretación sistemática de la normativa..., lleva a concluir que a las Municipalidades compete la función y el deber de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su comuna –a cuya categoría pertenecen las calles, según el artículo 589 inciso 2º del Código Civil–; función y deber que ha de traducirse en desplegar el cuidado y diligencia necesarias para la mantención y conservación de esos bienes no sólo con miras a preservar la integridad del patrimonio municipal sino, además, a evitar daños a la integridad física y a los bienes de las personas. Luego, según ha sostenido la jurisprudencia en situaciones como aquéllas a que se refieren los antecedentes de autos, la función general de cuidado que sobre las calles situadas dentro de la respectiva comuna,..., debe ejercerse sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a otros órganos públicos o a empresas concesionarias de servicios públicos respecto de instalaciones específicas⁴³⁶”.

De igual forma, la doctrina ha señalado que no cabe duda que son las Municipalidades las que cumplen un papel fundamental..., no sólo en la elaboración de los instrumentos de planificación territorial, sino también en la fase de ejecución de planes... y de su control a través de la intervención... y de la aplicación de infracciones y sanciones⁴³⁷. Es más, lo cierto es que la jurisprudencia, más que establecer una tendencia específica, no ha querido pronunciarse expresamente al respecto, señalando

⁴³⁶ Sentencia Corte Suprema, 23 de abril de 2009, Rol N°5029-2007 (Considerandos 14° y 15°).

⁴³⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Op. Cit. [en línea].

que “en cuanto a la falta de legitimación pasiva, éste es un concepto complejo de carácter procesal, mas no substancial, en circunstancias que en autos se discute si concurren los presupuestos de la responsabilidad extracontractual y aquello es materia de fondo⁴³⁸”.

4. LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS HA ESTABLECIDO MAYORES Y MEJORES CRITERIOS QUE EN EL CASO DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO.

En efecto, vemos que existe una diferencia diametral entre la jurisprudencia que responsabiliza a las sociedades concesionarias, y aquella que responsabiliza a los diferentes entes administrativos. En el caso de las vías concesionadas, los tribunales superiores de justicia si han sabido establecer criterios permanentes de responsabilidad, y si es posible apreciar una evolución sostenida en la última década.

En el caso de los problemas de legitimación pasiva, la normativa es mucho más tajante y expresa a la hora de determinar cuándo le corresponde responsabilidad frente a un accidente por desperfectos en la carretera, siendo que no solo se rige por los cuerpos legales generales, sino que sus obligaciones se ven determinadas de antemano y de forma casi taxativa en las bases de licitación, contratos de concesión de obra pública y ofertas técnicas y económicas.

Con todo, este vínculo no ha quedado exento de ambigüedades, sobre todo en aquellos casos en que la fuente del accidente es de dudosa titularidad, como se dijera, ocurre con las pasarelas y terrenos aledaños a las vías concesionadas. En estos casos, la política jurisprudencial hacia las sociedades concesionarias pareciera ser similar que hacia las Municipalidades, responsabilizándolas por casi la totalidad de los casos de accidentes, ya sea que su origen se debiese a la omisión de medidas de cuidado propias de una vía concesionada, o bien fuese producto de la negligencia de un tercero (personas que arrojan piedras desde las pasarelas, dueños de animales en terrenos colindantes, otros conductores negligentes).

⁴³⁸ Sentencia Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N°1496-2007.

En efecto, la jurisprudencia ha dicho que “en el evento en que existan otros agentes causales del daño..., 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 responsables⁴³⁹”.

Sin embargo, no obstante lo anterior y como viésemos en el primer capítulo, la jurisprudencia relacionada con concesiones viales si ha marcado una tendencia distinta a la jurisprudencia en materia de desperfectos viales en que los responsables son entes administrativos propiamente tales, en cuando a tratar el tema del cúmulo o acumulación de faltas o responsabilidades y dar soluciones concretas al respecto⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2010, Rol N°3311-2009 (Considerando 6°).

⁴⁴⁰ En el caso de las responsabilidad de órganos administrativos propiamente tal, la doctrina ha determinado que el concepto de acumulación o cúmulo de faltas o responsabilidades puede relacionarse con dos hipótesis diferentes: (i) la coincidencia entre la falta de servicio y la falta personal del funcionario; y, (ii) la falta personal del funcionario ha sido cometida con medios puestos a su disposición por el servicio público. Sea cual fuese el caso, lo cierto es que es posible afirmar el doble origen de la responsabilidad, “-del órgano administrativo y del funcionario dañador-, lo cual permite que el Estado, como lo disponen la Constitución y la ley, pueda repetir en contra del funcionario cuando es posible identificarlo e imputarle ser causante de la falta de servicio (En ese sentido: RODRÍGUEZ GREZ. Pablo. Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista Actualidad Jurídica. XII (23). Enero, 2011). Frente a las dos hipótesis planteadas en el párrafo anterior, en el primer caso nos encontramos con “la posibilidad de la coexistencia de la falta de servicio con la falta personal del funcionario” (HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.6). En el segundo caso en cambio, “ya no se trata de un cúmulo de faltas, sino que de una sola –la falta personal- que compromete la responsabilidad de la administración” (HUEPE ARTIGAS, Fabián. Op. Cit. p.68), y que lo hace precisamente por haber creado la oportunidad de riesgo al proporcionar los medios para cometer la falta (En ese sentido: PIERRY ARRAU, Pedro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Revista de Derecho. 1(1). Julio, 2000). En caso que efectivamente exista un cúmulo de faltas, el fundamento de la responsabilidad de la administración radica principalmente en razones de equidad. En efecto, “en caso de falta personal del funcionario, la víctima [adquiere] un crédito contra éste, y en caso de falta de servicio, la víctima [adquiere] un crédito a cargo de la administración. Eso [es] injusto, porque la solidez del crédito del a víctima [está] en razón inversa a la gravedad de la falta cometida. El agraviado de la falta personal, que es por definición la de mayor gravedad, por su intencionalidad, [tiene] menores posibilidades de ser pagado que el damnificado por una falta no intencional, cuyos efectos [quedan] a cargo del patrimonio administrativo” (OELCKERS CAMUS, Osvaldo. La Responsabilidad Civil

Por otro lado, en el caso de establecer un régimen de responsabilidad determinado, vemos que frente a las sociedades concesionarias si se ha establecido una marcada tendencia hacia la responsabilidad objetiva⁴⁴¹, recayendo ahora la discusión en la naturaleza del vínculo entre el concesionario y el particular, frente a si es de índole contractual o extracontractual, no existiendo una posición tajante al respecto tampoco.

En conclusión, en cuanto al régimen en materia de accidentes en vías concesionadas, la posición general pareciera ser el considerar que “recogiendo el Código Civil como regla general la responsabilidad subjetiva, estableciendo que todo daño debe ser reparado, en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, al expresarse taxativamente en un contrato el hecho de asumirse responsabilidad por eventuales daños, dicha expresión indica la voluntad de restarse a las normas de la responsabilidad subjetiva y, por ende, de liberar al acreedor de la obligación de probar la culpa o el dolo, pues de no concluir así sería innecesaria la estipulación y, de acuerdo al artículo 1562 del Código Civil, debe preferirse el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto sobre aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno. Entonces, expresiones tales como “todo daño, de cualquier naturaleza, será de exclusiva responsabilidad del concesionario”, equivale a someterse a las reglas de la responsabilidad objetiva⁴⁴²”.

5. NO EXISTE UNA TENDENCIA NI UNA EVOLUCIÓN EN LOS CRITERIOS, SIENDO EL JUEZ EL EJE DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Habiendo analizado la jurisprudencia de los tribunales superiores de la última década en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por desperfectos viales, podemos entonces concluir que:

Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio. Op. Cit. p.349).

⁴⁴¹ Excepcionalmente se ha establecido lo contrario. En ese sentido ver: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2010, Rol N°3311-2009.

⁴⁴² Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2008, Rol N°2330-2005 (Considerando 3°).

- (i) La mayoría de las sentencias han condenado al Estado en virtud de las normas establecidas en el Código Civil, especialmente el artículo 2320;
- (ii) En estos mismos casos, el fundamento doctrinario de la responsabilidad tiene su asidero principal en principios de derecho público;
- (iii) Las Municipalidades han resultado las principales condenadas en la materia, lo cual implica que sin perjuicio de las facultades y/o responsabilidades que compartan otras reparticiones públicas, empresas o particulares, la responsabilidad municipal, para nuestra jurisprudencia, resulta ineludible, elevando su función de supervigilancia, fiscalización y señalización de desperfectos viales y semejantes, a una categoría superior al de otras instituciones;
- (iv) No hay una tendencia específica en cuanto a cuál es el régimen aplicable a esta hipótesis de responsabilidad, adecuándose la resolución a las circunstancias específicas de cada caso; y,
- (v) El principal criterio aplicado es el de falta de servicio, en su acepción doctrinaria, y no necesariamente como un criterio de atribución específico o justificatorio de un régimen más amplio, sino que como un régimen en sí mismo.

Siendo esta la sistematización que le damos a la investigación hecha, lo cierto es que todos estos criterios se han dado simultáneamente, sin que exista un antes ni un después en su aplicación. Esto, “claramente implica que la jurisprudencia carece de una evolución, o lo que aún todavía es más complejo, carece de criterios uniformes de resolución de la controversia, pese a la influencia de la doctrina más conocida⁴⁴³”.

Así, “a diferencia de lo que sucede con otras materias..., la responsabilidad [en este caso] es un tema intrínsecamente vinculado a las formas y modos en que son resueltos los conflictos que se suscitan en la vida práctica. Esta cuestión es razonable si se considera que la opción que en cada caso resuelva una controversia o se adopte desde el punto de vista dogmático en materia de responsabilidad del Estado, tiene por

⁴⁴³ CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Op. Cit. p.119.

efecto justificar implícita o explícitamente la forma y modo en que se distribuyen o redistribuyen los daños o hechos lesivos en una sociedad. La responsabilidad no extingue las desgracias cotidianas de la comunidad, pero debe resolver cómo se asignan los riesgos al interior de ella⁴⁴⁴.

Asimismo, vemos que la forma en que los tribunales superiores de justicia han enfrentado los temas de responsabilidad por desperfectos viales, “evidentemente resulta cambiante, entre otras razones por lo imprecisa e indeterminada de la regulación legal chilena, y porque, además, se enfrentan a problemas directamente vinculados a la forma y modo en que el Estado y los ciudadanos deben compartir los infortunios⁴⁴⁵”. Con todo, “este equilibrio no depende de la voluntad de los intervinientes sino de un tercero: el juez... A ellos corresponde, bien o mal, determinar cuándo y por qué razones la administración es responsable. Esta forma de enfrentarse al problema inevitablemente implica que el juez controle el proceder administrativo, o bien considere que los casos a resolver son más bien un mecanismo de justicia distributiva.

⁴⁴⁴ Idem.

⁴⁴⁵ CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Op. Cit. p.120.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina.

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005.
- APLABLAZA VÉLIZ, Marcelo. Vínculos Jurídicos en la Concesión de Vías Públicas. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2000.
- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo. Derecho del Tránsito. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas. 1998.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. La Responsabilidad de las Municipalidades a la Luz de la Última Jurisprudencia. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes. Santiago, Chile. (7):47-108. 2003.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Daños por Accidente Vehicular en Carretera Concesionada Ruta 5 Sur Tramo Talca Chillán. Revista Chilena de Derecho. Santiago, Chile. 35(3). Agosto, 2008.
- BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

- BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e Imputación de Daños por el Funcionamiento de los Servicios Públicos. Madrid, España. Editorial Tecnos S.A. 1997.
- BIANCHI, Alberto B. La Responsabilidad de los Entes Reguladores. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. (155):1-16. 2001.
- CALDERA DELGADO, Hugo. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1961.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. La Responsabilidad de los órganos del Estado ¿Régimen Constitucional o Régimen Civil? Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes. Santiago, Chile. (7):21-46. 2003.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos. [en línea]. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 29, julio,2007<<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/658/620>>. [consulta: 15 de junio de 2010].
- CORDERO VEGA, Luis. Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración. Revista de Derecho Público. Santiago, Chile. (66):371-390. 2004.
- CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Segunda Edición. Santiago, Chile. AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010.
- DIEZ, Manuel María. El Acto Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina. 1956.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. Reparación y Prevención de Daños Derivados de Deficiencias Viales en Chile: Panorama Normativo y Jurisprudencial. En: Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (Valparaíso, 28, 29 y 30 de junio de 2007). Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2007.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Aspectos de la Relación de Causalidad en la Responsabilidad civil con Especial Referencia al Derecho Chileno. Revista Roma e America, Diritto Romano Comune. (10). 2000.

- FERNANDEZ RICHARD, José. Responsabilidad de los Municipios, por la Falta de Servicio, en Relación al Mal Estado de Calzadas y Veredas, Cuya Reparación y Mantenimiento Corresponden a los Servicios de Vivienda y Urbanismo – Serviú. Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Santiago, Chile. (303). Septiembre, 2005.
- FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 2003.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio. FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Urbanismo y Construcción. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. Marzo, 2006.
- GARCÍA MENDOZA, Hernán. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Indemnización por Error Judicial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1997.
- GOLDEMBER, Isidoro. La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atrea. 1984.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián. Responsabilidad del Estado, Falta de servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2006.
- 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. Aremi. 2007.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl. Un Estudio de Efectos de las Características de las Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. Santiago, Chile, (6):63 y ss. Abril, 2002.
- LEPE CIACONTE, Paula. El Sistema de Concesión de Obras Públicas. Gaceta Jurídica. Santiago, Chile. (323):7-13. 2007.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Responsabilidad por Falta de Servicio: Casuística Chilena Reciente. Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile. (10). 1998.
- MARIENHOFF S., Miguel. Responsabilidad Extracontractual del Estado.

Buenos Aires, Argentina. Editorial AbeledoPerrot. 2001.

- MORALES NÚÑEZ, José Miguel. VILLAGRA Martínez, Marco Antonio. El Contrato de Concesión de Obra Pública: Fundamentos de Derecho Administrativo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001.
- MORENO MOLINET, Jaime. Responsabilidad por Falta de Servicio de la Administración del Estado a Partir de las Normas del Código Civil: Un paso más Hacia la Unidad del Sistema. Revista La Razón del Derecho [en línea] <<http://www.larazondelderecho.com/.../Estudio-sobre-argumentacion-jurisprudencial.Jaime-Moreno1.pdf>> [consulta: 13-1-2010].
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio. Revista Chilena de Derecho. (26) Número Especial. 1998.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Bases Generales de la Administración del Estado. Santiago, Chile. Editorial Ediar-Cono Sur Ltda. 1987.
- PERRINO, Pablo E. La Responsabilidad Patrimonial de los Entes Reguladores por Incumplimiento de las Funciones de Vigilancia. Servicio Público, Policía y Fomento. En: RAP. La Responsabilidad del Estado y de los concesionarios Derivada de la Prestación de Servicio Públicos Privatizados. Obra Colectiva Contratos Administrativos, Ciencias de la Administración. Buenos Aires, Argentina. 2000.
- PIERRY ARRAU, Pedro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Revista de Derecho. 1(1). julio, 2000.
- PIERRY ARRAU, Pedro. Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas. En: XV Jornadas de Derecho Público (19, 20 y 21 de octubre de 1984). Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. 1984.
- RABAT CELIS, Fernando José. Responsabilidad Civil de las sociedades concesionarias de Obras Públicas Fiscales Respecto del Usuario de las Mismas. En: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Estudios Jurídicos en Homenaje a los

Profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheiling, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre. Santiago, Chile. Ediciones Universidad del Desarrollo. 2007.

- RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio. Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la Institucionalidad Chilena. Santiago, Chile. Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing. 2010.
- RAMOS PAZOS, René. De la Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing. 2009.
- ROJAS VARAS, Jaime. Bases de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador. Revista Chilena de Derecho. (26) Número Especial. 1998.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista Actualidad Jurídica. XII(23). Enero, 2011.
- ROMÁN CORDERO, Cristián. La 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: FERNANDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Contencioso Administrativo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México. Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.
- ROMÁN CORDERO, Cristián. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos. Revista Chilena de Derecho Público, (66):405-417. 2004.
- ROMÁN CORDERO, Cristián. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su concesionario Vial, Frente al Usuario Lesionado. [en línea] <<http://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0632/.../255912>>. [consulta: 13-1-2010].
- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo. Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. Marzo, 2005.

- SAVATIER, Rene. *Traité de la Responsabilité Civile*. París, Francia. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1939.
- SOTO-KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, Chile. Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing. Abril, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Falta de Servicio ¿Régimen Generalde la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)*. En: Conferencias Santo Tomás de Aquino. *La Responsabilidad del Estado-Administración*. Academia de Derecho Universidad Santo Tomás. Noviembre, 2006.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Responsabilidad Municipal por Ausencia de Señalización en la Vía Pública (Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 13 de septiembre de 1999)*. Revista Ius Publicum. (6). 2001.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Responsabilidad de las Municipalidades por los Daños que Produzca su Inactividad/Falta de Servicio: Principios Básicos. (Notas para un recuento Jurisprudencial)*. En: Conferencias Santo Tomás de Aquino. *La Responsabilidad del Estado-Administración*. Academia de Derecho Universidad Santo Tomás. Noviembre, 2006.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico (Constitución Política Art.90) el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1997.
- VIÑUELA HOJAS, Mauricio. *La Concesión de Obras Públicas en Chile: ¿Privatización de la Responsabilidad del Estado en la Empresa concesionaria?* Cuadernos de Extensión Jurídica de los Andes. Universidad de los Andes. (7). 2003.
- VIÑUELA HOJAS, Mauricio. *La Responsabilidad del Estado Chileno por Hechos de la Administración: Avances y Retrocesos [en línea]*. <http://www.abcia.cl/publicaciones/PDF/.../responsabilidad_del_estado.pdf>. [consulta: 13-1-2010].

- VIÑUELA Hojas, Mauricio. La Responsabilidad por Falta de Servicio en el Contexto del Régimen de Concesiones Viales en Chile. Revista Ius Publicum. (7). 2001.

2. Jurisprudencia.

2.1 Sentencias Cortes de Apelaciones

- Sentencia 3 de junio de 2004, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°1634-2004.
- Sentencia 11 de junio de 2008, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°123-2008.
- Sentencia 18 de marzo de 2008, Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N°483-2007.
- Sentencia 18 de noviembre de 2008, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°333-2008.
- Sentencia 22 de julio de 2009, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°279-2009.
- Sentencia 19 de agosto de 2009, Corte de Apelaciones de Arica, Rol N°220-2009.
- Sentencia 16 de agosto de 2007, Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N°28163-2004.
- Sentencia 3 de septiembre de 2007, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°1688-2006.
- Sentencia 4 de agosto de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°1105-2003.
- Sentencia 5 de Octubre de 2007, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°4673-2005.
- Sentencia 8 de abril de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°940-2007.
- Sentencia 12 de diciembre de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol

N°1853-2006.

- Sentencia 12 de enero de 2009, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°1970-2007.
- Sentencia 17 de noviembre de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°389-2006.
- Sentencia 20 de agosto de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°4198-2003.
- Sentencia 20 de septiembre de 2007, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°1847-2005.
- Sentencia 22 de enero de 2009, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°2279-2007.
- Sentencia 22 de Octubre de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°4769.2005.
- Sentencia 25 de noviembre de 2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°851-2006.
- Sentencia 26 de diciembre de 2007, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°223-2006.
- Sentencia 28 de diciembre de 2000, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°4335-2000.
- Sentencia 24 de junio de 2008, Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N°409-2007.
- Sentencia 19 de abril de 2007, Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N°22-2007.
- Sentencia 14 de enero de 2010, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°306-2008.
- Sentencia 28 de marzo de 2008, Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°1081-2007.
- Sentencia 2 de mayo de 2009, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°48-2009.
- Sentencia 8 de noviembre de 2007, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1749-2005.

- Sentencia 10 de diciembre de 2007, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°1705-2006.
- Sentencia 16 de enero de 2008, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°298-2007.
- Sentencia 22 de noviembre de 2007, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1257-2007.
- Sentencia 6 de agosto de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°10202-2006.
- Sentencia 9 de junio de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°9196-2006.
- Sentencia 10 de marzo de 2010, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3311-2009.
- Sentencia 12 de marzo de 2010, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°6753-1998.
- Sentencia 18 de agosto de 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°11965-2004.
- Sentencia 21 de agosto de 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2330-2005.
- Sentencia 22 de enero de 2008, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°6129-2007.
- Sentencia 24 de agosto de 2006, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2499-2001.
- Sentencia 25 de mayo de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°648-2007.
- Sentencia 30 de marzo de 2010, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3311-2009.
- Sentencia 3 de septiembre de 2008, Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°1173-2006.
- Sentencia 21 de noviembre de 2007, Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°61837-2002.
- Sentencia 15 de enero de 2007, Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°836-

2006.

- Sentencia 20 de julio de 2000, Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°10649-2000.
- Sentencia 6 de junio de 2003, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2324-2000.
- Sentencia 10 de septiembre de 2004, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°358-2003.
- Sentencia 15 de abril de 2002, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°3827-2009.
- Sentencia 15 de enero de 2007, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°836-2006.
- Sentencia 17 de noviembre de 2003, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°432-2001.
- Sentencia 19 de noviembre de 2004, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°3598-2003.
- Sentencia 20 de septiembre de 2007, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°43-2007.
- Sentencia 24 de septiembre de 2007, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°3346-2003.
- Sentencia 12 de septiembre de 2008, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1917-2007.

2.2 Corte Suprema

- Sentencia 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008.
- Sentencia 3 de septiembre de 2009, Rol N°1346-2008.
- Sentencia 4 de agosto de 2009, Rol N°89-2008.
- Sentencia 4 de noviembre de 2008, Rol N°3003-2008.
- Sentencia 5 de junio de 2006, Rol N°6118-2005.
- Sentencia 6 de mayo de 2009, Rol N°5656-2007.
- Sentencia 7 de agosto de 2008, Rol N°1684-2007.

- Sentencia 7 de agosto de 2008, Rol N°1768-2007.
- Sentencia 11 de septiembre de 2008, Rol N°7109-2009.
- Sentencia 15 de Octubre de 2008, Rol N°3151-2007.
- Sentencia 15 de Octubre de 2009, Rol N°2787-2008.
- Sentencia 16 de Octubre de 2007, Rol N°4508-2007.
- Sentencia 18 de julio de 2002, Rol N°4107-2001.
- Sentencia 18 de marzo de 2008, Rol N°6754-2006.
- Sentencia 18 de Octubre de 2005, Rol N°1952-2005.
- Sentencia 19 de enero de 2005, Rol N°3209-2004.
- Sentencia 21 de noviembre de 2001, Rol N°4107-2001.
- Sentencia 22 de marzo de 2006, Rol N°1146-2006.
- Sentencia 23 de abril de 2009, Rol N°5029-2007.
- Sentencia 24 de diciembre de 2008, Rol N°4742-2008.
- Sentencia 24 de noviembre de 2003, Rol N°1437-2003.
- Sentencia 25 de junio de 2008, Rol N°6870-2007.
- Sentencia 25 de marzo de 2008, Rol N°4647-2006.
- Sentencia 25 de septiembre de 2008, Rol N°1496-2007.
- Sentencia 26 de enero de 2005, Rol N°3176-2004.
- Sentencia 27 de agosto de 2009, Rol N°6977-2007.
- Sentencia 27 de diciembre de 2007, Rol N°5451-2006.
- Sentencia 27 de septiembre de 2005, Rol N°1018-2005.
- Sentencia 28 de diciembre de 2000, Rol N°4335-2000.
- Sentencia 28 de enero de 2010, Rol N°6919-2008.
- Sentencia 29 de diciembre de 2009, Rol N°4091-2008.
- Sentencia 29 de enero de 2002, Rol N°4972-2000.
- Sentencia 29 de marzo de 2005, Rol N°3827-2004.
- Sentencia 29 de septiembre de 2005, Rol N°342-2005.
- Sentencia 30 de diciembre de 2004, Rol N°2407-2004.
- Sentencia 30 de noviembre de 2005, Rol N°2655-2005.
- Sentencia 30 de septiembre de 2008, Rol N°2477-2007.

3. Otras Fuentes.

- Informe de Diagnostico de la Señalización Urbana. Subsecretaría de Transportes, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Agosto 2009.
- Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996, Rol N°245 y 246 (acumulados).
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 96(2), sección 5ª. 1999.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 96(2), sección cuarta. 1999.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 32(1), sección primera. 1935.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 55(1), sección tercera. 1997.
- Revista Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. 90(2), sección 5. 1993.
- Dictamen N°5207 de la Contraloría, de 12 de febrero de 2001.
- Dictamen N°23701 de la Contraloría, de 1 de julio de 1999.
- Arret *Fierfol*, 25 de mayo de 1900.