



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**“DE LA RESPONSABILIDAD EN VÍAS CONCESIONADAS POR
DAÑOS CAUSADOS A PARTICULARES”**

OSVALDO ALIAGA ARAOS
SEBASTIÁN VENEGAS SALAZAR

Profesor guía: Ricardo Reveco.

Santiago, 2011

RESUMEN

Una nueva realidad vial en nuestro país se ha generado en virtud del otorgamiento de concesiones de autopistas a inversionistas privados para su explotación. Se ha implementado para esta nueva realidad un marco legal específico, la Ley de Concesiones, la que sin embargo no regula de manera expresa el tipo de responsabilidad aplicable en caso de daños a particulares. Por ello, surge la interrogante sobre ¿cuál es el tipo de responsabilidad civil que debe ser aplicada en caso de producirse daños o perjuicios a los usuarios o terceros en estas vías de circulación?

De ahí la importancia del tema en estudio, pues la falta de una normativa clara, sumada a la poca uniformidad de criterios, dejan muchas veces a las víctimas de accidentes en vías concesionadas, en una nebulosa en cuanto al cómo y contra quien perseguir la indemnización por los daños provocados en su persona y/o bienes. Este trabajo persigue responder esta interrogante, llevando a cabo un análisis, recogiendo opiniones de doctrina y jurisprudencia.

De esta forma, en primer lugar se introduce en el tema del contrato de concesión en nuestro país, estudiando su marco regulatorio, su funcionamiento y el sistema de solución de controversias entre la concesionaria y el Estado.

Luego, se realiza un estudio acerca de la responsabilidad por daños como institución jurídica, las normas aplicables en la materia, a lo que seguirá un planteamiento de nuestra postura respecto al tema. Esta, comprende el análisis de un conjunto de

sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia en relación a los accidentes de mayor ocurrencia en estas vías.

Finalmente, llegamos a conclusiones no solo en cuanto a las características que presenta la responsabilidad en estos tipos de casos, sino que también en relación a quienes serían los sujetos pasivos de las acciones a emprender.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.- DE LAS CONCESIONES VIALES.

Introducción.....	6
1.1.- Antecedentes.....	11
1.2.- Del contrato de concesión de obra pública.....	14
1.2.1.- Derechos.....	15
1.2.2.- Obligaciones.....	17
1.3.- La teoría de la imprevisión en el marco de la ley.....	23
1.4.- Marco regulatorio de las concesionarias.....	25
1.5.- Procedimiento de concesiones viales.....	28
1.6.- Funcionamiento del sistema.....	29
1.7.- Sistema de solución de controversias.....	32

CAPÍTULO II.- LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

2.1.- Responsabilidad de las autopistas concesionadas.....	35
2.2.- Argumentos para descartar la responsabilidad contractual.....	39
2.2.1.- Carácter de tributo de la tarifa.....	40
2.2.2.- Origen de la relación entre concesionario y usuario.....	42
2.3.- Responsabilidad Extracontractual.....	43
2.3.1.- Clases de responsabilidad extracontractual.....	48
2.3.1.1.- Responsabilidad objetiva.....	49
2.3.1.2.- Responsabilidad subjetiva.....	55
2.3.1.3.- Falta de Servicio.....	56
2.4.- Deberes de cuidado de las autopistas concesionadas.....	58
2.5.- Hipótesis más recurrentes de accidentes en vías concesionadas.....	61
2.5.1.- Accidentes ocasionados por el lanzamiento de proyectiles contra los vehículos que circulan por las vías concesionadas.....	62
2.5.2.- Accidentes ocasionados por objetos en la vía.....	66
2.5.3.- Accidentes en que se ve involucrada la actuación de un 3º.....	71
2.5.4.- Accidentes en que se ven involucrados animales en la vía.....	77
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	88

INTRODUCCIÓN

El mecanismo de concesiones de carreteras que ha surgido en nuestro país¹, se ha perfeccionado gracias a un contrato de concesión de obra pública, el cual impone una serie de derechos y obligaciones al concesionario². Así, si bien le concede a este último el derecho a explotación y cobro, también lo obliga a adoptar las precauciones necesarias para brindar seguridad a los usuarios de las mismas. De conformidad con lo preceptuado en el Artículo 1° de la Ley 20.410 inciso segundo:

“Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.

Si bien, en términos generales se trata de estructuras bien edificadas y que han permitido incrementar con creces la infraestructura pública vial³, no es menos cierto, que el usuario de la carretera o terceros, están expuestos a la posibilidad de eventos que le

¹ Habiéndose cumplido recientemente 15 años desde la adjudicación de la primera obra concesionada en Chile, se han desarrollado 48 proyectos por más de 11.500 millones de dólares que incluyen 2.500 kilómetros de carreteras y autopistas concesionadas, 10 aeropuertos concesionados por los que transita el 94% del total del flujo de pasajeros en Chile, 7 edificaciones públicas, recintos carcelarios, y un embalse que permitirá regar 19.000 áreas de secano, todo lo cual revela la importante presencia del modelo de concesiones de obras públicas empleado en Chile

² *Cfr.* VINAIXA POBLETE Julia. “*Actos y contratos administrativos*”: Legal Publishing. 2007. Chile. P. 170

³ En Chile, la red vial pavimentada se incrementó en 32% entre 1974 y 1989, mientras que la flota de vehículos lo hizo en 150% durante el mismo período, estimándose los déficits de infraestructura vial en 4.250 millones de dólares y en 2.000 millones de dólares para vialidad interurbana y urbana respectivamente. *Op. Cit.*, en RUFÍAN LIZANA D. (2002) “Políticas de concesión vial; análisis de las experiencias en Chile, Perú y Colombia” En: Serie Gestión Pública” CEPAL- Chile. P. 11.

provoquen un daño o perjuicio durante su trayecto⁴ , los que van desde los más tradicionales y conocidos hasta los más inusuales, tales como, asaltos a mano armada, cruce de animales, encontrar en el camino obstáculos peligrosos, entre otros.

Habida consideración de lo dicho, es el artículo 35 de la Ley de Concesiones, D.S. N° 900 de 1996 el que establece un sistema de responsabilidades en los siguientes términos:

“Artículo 35°.- El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato”.

No obstante lo anterior, luego de la revisión de varias sentencias, se desprende que no existe un criterio uniforme en los tribunales chilenos sobre cuál sería la clase de responsabilidad que le asisten al concesionario, en el evento de que el usuario de la vía sufra algún daño.

A modo de ejemplo, la sentencia pronunciada con fecha 30 de marzo de 2010, por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol de ingreso N° 3311-2009, señaló en su considerando primero:

⁴De acuerdo con el informe de concesionarios de obras de infraestructura pública COPSA, en el mes de Abril de 2010, de acuerdo a las cifras entregadas por Carabineros de Chile, se registraron 108 accidentes y 17 víctimas fatales en las Autopistas Concesionadas Interurbanas, cifras que se comparan con los 99 accidentes y 17 víctimas fatales registradas en igual mes del año 2009.

“Queno se colige que corresponda a la sociedad concesionaria una responsabilidad de naturaleza objetiva, derivada de las bases de licitación y del contrato de concesión celebrado entre la sociedad concesionaria y el Fisco de Chile, considerando expresiones tales como que el concesionario debe tomar todas las precauciones para evitar daños a terceros o que todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, será de exclusiva responsabilidad del concesionario⁵”.

Por el contrario, la sentencia de la causa rol N° 11.965-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando 2° declaró:

“Que la responsabilidad objetiva de la sociedad demandada puede deducirse del Decreto Supremo 900 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas, las bases de licitación y adjudicación del proyecto Ruta 68 de donde resulta que es obligación de la concesionaria instalar no solamente barreras que impidan el acceso a la vía de animales que puedan entorpecer la libre circulación vehicular de los usuarios, sino que además realizar todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento oportuno de las obligaciones de otorgar seguridad a dichos usuarios que se sirvan de tal concesión.”

Por su parte, en la doctrina se han esbozado dos posiciones que se han extraído de algunas sentencias de los tribunales nacionales, claramente diferenciables entre sí. La primera que denominamos “responsabilidad objetiva” sostiene que el concesionario de carreteras responde de acuerdo al sistema de responsabilidad que se encuentra establecida de forma literal en el artículo 35 de la Ley Concesiones, esto es, una responsabilidad que sobreviene para todo evento dañoso. Y, por otra parte; la que

⁵Véase. Sentencia de 7° sala de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 3311-2009, del 30 de Marzo de 2010.

argumenta que existe para la concesionaria una obligación de realizar todas las obras, adoptar todas las prevenciones y tomar todos los resguardos que permitan a los usuarios circular por tal vía con total normalidad, y en caso de incumplimiento, por culpa o negligencia, generará responsabilidad por los daños que eventualmente sean provocados.

En consecuencia, se discute si la responsabilidad que recae sobre el concesionario es de carácter objetivo o subjetivo, existiendo sin embargo una discusión previa referente a si procede aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual o contractual.

Pues bien, muchos de estos planteamientos han surgido por el hecho de que en Chile se eligió concesionar primero, antes de definir la institucionalidad jurídica que regiría estas concesiones, regulación que quedó zanjada recién en el año 1996 con la denominada “Ley de Concesiones”.

Lo anterior, abre la posibilidad de dos escenarios indeseables. La carencia en la regulación de esta materia por una parte, podría permitir al concesionario realizar una gestión que no cumpla con un estándar de normalidad suficiente para evitar perjuicios a los usuarios; y por otra, existe la posibilidad de que una regulación posterior al contrato de concesión suscrito entre el Estado y las sociedades concesionarias perjudique a estas sociedades, estableciendo nuevas situaciones que le podrían generar responsabilidad por daño.

Ante estos escenarios, se ha sugerido la creación de una institución independiente que establezca reglas del juego claras y permanentes para el sector y que fiscalice el cumplimiento de los contratos y la calidad de los servicios prestados⁶.

⁶ENGEL E, FISCHER R, GALETOVIC A. (1997) “La regulación de las concesiones viales”. CEP. Chile. P. 193

Por ello entonces, este trabajo quiere dar cuenta de un lato debate que se extiende, y que se ha evidenciado en distintos fallos que se describen en la parte final de esta tesis.

Este trabajo concluye que, el artículo 35 de la Ley de Concesiones no establece un sistema de responsabilidad objetiva de la empresa concesionaria frente al usuario lesionado, más bien, consagra de manera amplia que éstas quedan afectas a un sistema de responsabilidad.

La ambigüedad en la redacción de letra de la ley, provoca tensiones entre el Estado administrador y la concesionaria, al no especificar de manera clara el presupuesto legal que corresponde para otorgar la indemnización que debiese pagarse al particular que ha sufrido daños o lesiones en una vía concesionada, por lo anterior, resulta imprescindible elaborar una reglamentación más clara en relación al tema, la cual señale con mayor precisión hasta qué punto debe responder el concesionario, y que clase de hechos liberan de responsabilidad al mismo, por resultar estos imprevisibles.

CAPÍTULO I.- DE LAS CONCESIONES VIALES

1.1.-Antecedentes

El origen de las concesiones viales en Latinoamérica se remonta a la década de los 90', cuando el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ponen fin a su compromiso de financiar los proyectos viales de la región⁷. Chile, como el resto de los países de Latinoamérica, comienza su incorporación en el sistema de concesiones en la década de los 90 cuando se inició un crecimiento económico más sostenido y un considerable aumento de la inversión estatal en políticas sociales. No obstante, en la medida que Chile abría nuevamente sus puertas a los exigentes mercados internacionales y crecían las oportunidades para cada chileno, aquel impulso modernizador se enfrentaba a la precaria infraestructura pública existente entonces. Tal como lo señala un estudio del Instituto Libertad y Desarrollo:

“El déficit de inversión en transporte era de alrededor de un 15% del PIB nacional, esto es, la suma equivalente a 10.273 millones de dólares del año 1995.⁸ Lo que se buscó fue resolver el déficit de inversión, que se arrastraba desde la década de los años 80 sin incurrir en el aumento de la inversión pública, ni de la carga administrativa del Estado,

⁷ PEREZ Negrete, Higinio (2007) “Historia y análisis de las concesiones viales” En: [Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales](#), p. 215.

⁸ Concesiones: La importancia de avanzar Temas Públicos N° 883 de 22 de Agosto de 2008, Libertad y Desarrollo.

todo ello dentro de un estricto marco de restricciones del gasto fiscal derivado de las políticas macroeconómicas”⁹.

Aquella dificultad inicial y la necesidad de orientar los recursos públicos a nuevas áreas de inversión social, llevó al Estado de Chile a poner en práctica un innovador sistema de concesiones, sustentado en una alianza público-privada que permitiría inicialmente desarrollar importantes planes de conectividad vial y aeroportuaria. A través de esta vía, por primera vez se hizo partícipe al sector privado en los procesos de inversión, mantención y explotación de grandes obras públicas, por medio de un procedimiento que permitía al sector privado financiar obras económicamente rentables, recuperando su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios.

Amparado en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, promulgada en 1996 y con el acuerdo amplio de los sectores políticos del país, esta modalidad permitió al Ministerio de Obras Públicas (MOP), otorgar en concesión toda obra fiscal y, en caso que la obra a concesionar fuese competencia de otro organismo del Estado, delegar, mediante convenio mandato, la facultad de concesionarla.

El concesionamiento de vías camineras en Chile partió con proyectos no urbanos, como el nuevo túnel de El Melón (iniciado durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin), la construcción del acceso norte de la ciudad de Concepción y de la carretera Nogales a Puchuncaví en la Quinta Región, la reconstrucción y mejora de unos 1.500 Km. de la Ruta 5 (Carretera Longitudinal) y la mejora de la llamada Autopista del Sol, entre Santiago y el puerto de San Antonio. También, se concesionó la construcción y operación de una nueva vía dentro de la Región Metropolitana de Santiago, de acceso al Aeropuerto Internacional. Simultáneamente, durante los años 1996 a 1998, se preparó la

⁹ MÉNDEZ, Enrique (2007) Distribución del riesgo: Clave del éxito de programa de concesiones en Chile, artículo publicado en libro Concesiones y Suelo Urbano: Dos Claves para la Inversión, Cámara Chilena de la Construcción, año 2004, p. 27

licitación de una serie de vías esencialmente urbanas en la Región Metropolitana. Elegido como el proyecto simbólico de esta serie de obras fue la llamada Costanera Norte, una nueva vía, de calidad de autopista urbana, que cruzaría la ciudad de oriente a poniente.

La visión consensuada y la confianza demostrada en el modelo por importantes consorcios nacionales y extranjeros, consolidarían definitivamente al sistema de concesiones, y con él, la posibilidad de situar a nuestro país a la vanguardia en el desarrollo de infraestructura pública.

Estas iniciativas legales, permitieron establecer un sistema de autopistas que propone un doble cruce de la ciudad de Santiago en sentido norte-sur con la Autopista Central y en sentido oriente-poniente con la Costanera Norte, complementado por el anillo de circunvalación Américo Vespucio que la rodea y conecta con autopistas interurbanas hacia el resto del país.¹⁰¹¹

Según Fisher, el sistema de concesiones en el país presenta una interesante característica:

“Se inscribe en un contexto mundial de delegación y/o privatización de bienes y servicios públicos, pero se percibe también como una experiencia exitosa desde el punto de vista de la efectividad de su implementación”.¹²

¹⁰MORARodrigo, GREENE, Margarita (2005) “Las autopistas urbanas concesionadas Una nueva forma de segregación”: Chile. En *Ensayos y Documentos* ARQ. P. 456.

¹¹La idea de este sistema de conexión no es nueva, y de hecho se asemeja fuertemente al plan de corredores fundamentales propuesto por Parrochia como parte del PRIS6 de 1960 (Parrochia, 1979) y que orientaron numerosas intervenciones –calles nuevas, rotondas, pasos sobre nivel realizadas entre 1950 y 1975 en Santiago.

¹²FISCHER R., “Las concesiones de infraestructura: desafío para el futuro”, Instituto de Ingeniero Chile, agosto 2000, p 39-43.

1.2.- Del contrato de concesión de obra pública.

El contrato de concesión de obra pública es un acuerdo de voluntades de la Administración con un particular que persigue “la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales” por parte de este último, a cambio de la explotación de dicha obra por un lapso de tiempo definido (Ley de Concesiones, art. 1º). En otras palabras, el objeto de estos contratos siempre cubre la conservación de obras concesionadas, aun cuando el concesionario no las haya construido íntegramente. Su característica central radica en el cargo a tarifas pagadas por los usuarios de la obra. Se rige por la Ley de Concesiones, aprobada por el D.F.L. N° 164 de 1991, del Ministerio de OOPP.

A su turno, el contrato de concesión vial, depende de quien contrata con la autoridad pública, aun así, existen ciertos elementos comunes a todo contrato de este tipo. Como breve explicación, en el contrato de concesión, un ente público le otorga a un agente privado (concesionario) el derecho y la obligación de proveer un servicio de infraestructura, que es suministrado bajo los términos y condiciones señalados en el respectivo contrato. A cambio, el concesionario suele recibir una compensación basada en peajes, generalmente definidos con anterioridad en el contrato de concesión. El peaje debe cubrir gastos operacionales, financieros y la depreciación de la inversión realizada. Sin embargo, existen proyectos en donde la viabilidad de las concesiones está basada en esquemas de pago que dependen menos del peaje, como aquéllos en donde el monto del mismo no es suficiente para recuperar la inversión y se requiere de algún tipo de subsidio. El caso contrario se da cuando la recuperación es de tal magnitud que el concesionario paga un monto anual al Estado.

Los contratos de concesión se rigen por las normas establecidas en el Reglamento de Concesiones (D.S. MOP N° 956 de 1997). Dicho marco jurídico garantiza un adecuado equilibrio entre el sector público y privado en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, incorporando mecanismos de resolución de controversias, de mediación, arbitraje y herramientas que facilitan el financiamiento de los proyectos.

Es importante destacar que los contratos de concesión son del tipo B.O.T. (Build, Operate and Transfer), o bien DBOT (Design, Build, Operate and Transfer). Ambos sistemas comprometen la participación del sector privado en el diseño, la construcción y explotación de la obra pública, de manera que una vez finalizado el plazo de concesión, el adjudicatario entregue la obra al Estado en condiciones óptimas con el fin de licitarla nuevamente.

Generalmente, las concesiones tienen un plazo definido que oscila entre los 5 y 50 años, dependiendo de la vida útil de las inversiones. Dentro de estas características generales existen diferentes modalidades, cada una con importantes implicaciones operacionales. Estas se basan principalmente en:

1. Derechos y deberes del concesionario.
2. La teoría de la imprevisión.

Derechos y obligaciones del concesionario.

1.2.1.- Derechos

- a) En cuanto a las relaciones con terceros: la sociedad concesionaria se registrará por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato.¹³
- b) Prenda sobre flujos de ingresos: podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.¹⁴
- c) Transferencia de derechos de la sociedad concesionaria: el concesionario podrá transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria. El Ministerio de Obras Públicas autorizará dicha transferencia siempre que en ella se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso siguiente¹⁵. De lo contrario deberá denegar la autorización por resolución fundada. Si transcurridos sesenta días contados desde la solicitud de autorización, el Ministerio no se hubiere pronunciado, se entenderá que la concede.¹⁶

¹³ Artículo 21 inciso 2 del decreto 900 del MOP.

¹⁴ Artículo 21 inciso 2 del decreto 900 del MOP.

¹⁵ Artículo 21 inciso 5 del decreto 900 del MOP.

¹⁶ Artículo 21 inciso 4 del decreto 900 del MOP.

- d) Goce de derechos como beneficiario de expropiación: El concesionario gozará los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación limitados a lo necesario para cumplir el contrato de concesión.¹⁷
- e) Aumento de plazos por incumplimiento del Fisco: Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan.¹⁸

1.2.2.- Obligaciones

- a) Prestación del servicio: El concesionario está obligado a prestar el servicio básico y los servicios especiales obligatorios estipulados en el contrato de concesión, el cual deberá suministrarlo en condiciones de absoluta normalidad, en forma ininterrumpida e indiscriminada respecto de todo usuario, en conformidad con lo establecido en el contrato de concesión.
- b) Obligación de prestar los servicios obligatorios: El concesionario está obligado a prestar los servicios complementarios ofrecidos, útiles y necesarios, autorizados por el MOP, según el artículo 1.10.9.1 de las Bases de Licitación.

¹⁷ Artículo 22 numeral 1 del decreto 900 del MOP.

¹⁸ Artículo 22 numeral 3 del decreto 900 del MOP.

c) Obligación de velar por la seguridad vial de los usuarios: El concesionario está obligado a procurar la seguridad vial para los usuarios durante supermanencia en la obra concesionada, tanto en lo que dice relación con la implementación de medidas relativas a los bienes como las personas, en conformidad con lo establecido en el contrato de concesiones. Ante denuncias relativas a situaciones que podrían afectar la seguridad vial de los usuarios y de las obras, dentro del área de concesión, se deberá tomar a la brevedad posible las medidas pertinentes a los efectos de restablecer la seguridad amenazada, solicitando la intervención inmediata de Carabineros o las autoridades públicas competentes.

El concesionario dispondrá de un manual de seguridad vial y procedimientos de emergencias, que estarán a disposición de los usuarios, en el lugar que indique el Centro de Atención al Usuario.

d) Obligación de mantener los niveles de servicio ofrecidos: El concesionario tiene la obligación de mantener el nivel de servicio estipulado en el contrato de concesión, tanto en lo que dice relación con el servicio básico de la concesión como también aquellos servicios complementarios que estén autorizados a otorgar. Además se informará a todos los usuarios sobre la situación del tráfico vial, de tal forma que ellos puedan decidir entre circular por la concesión, esperar su rehabilitación u optar por rutas alternativas.

e) Obligación de proporcionar información a los usuarios: El concesionario está obligado a entregar la información que requieran los usuarios, pudiendo hacerlo en forma escrita, personal o telefónica, información que deberá ser provista en forma rápida, cortés y eficiente, a través del Centro de Atención al Usuario, Call

Center, página web, además de otros medios de comunicación que disponga el concesionario. El concesionario dispone de ejemplares del Reglamento de Servicio de la Obra, los que están accesibles para consulta de los Usuarios en el Centro de Atención a Usuarios y áreas de atención de emergencia.

- f) Obligación de dar un trato deferente al usuario: El concesionario está obligado a dar un trato digno y cortés e igualitario al usuario y, para ello, cuenta con personal en todas sus dependencias debidamente instruido al respecto.

- g) Obligación de dar asistencia caminera al usuario: El concesionario está obligado a dar asistencia caminera al usuario en los términos estipulados en el ámbito del Reglamento de Servicio, conforme al contrato de concesión, especialmente en caso de accidentes en la vía, a vehículos con problemas mecánicos y a requerimientos de asistencia formulados en los Centros de Atención al Usuario o llamadas de los postes S.O.S.

- h) Obligación de publicitar sus tarifas: El concesionario está obligado a informar al público su estructura tarifaria, tanto general como especial que pudiera tener, a través de la página web y la Oficina Comercial, además de las consultas telefónicas al Call Center. Los cambios de la estructura tarifaria deberán ser publicitados por el Concesionario a través de un diario de circulación nacional, a lo menos 15 días antes de su aplicación. El concesionario deberá informar en todos los Centros de Atención, los precios relacionados con la reposición de partes o del total del televía.

- i) Obligación de dar respuesta a los reclamos y sugerencias de los usuarios: El concesionario está obligado a recibir, registrar, tramitar y contestar, según corresponda, los reclamos y sugerencias realizados por los usuarios, en un plazo no superior a 5 días. Dará curso inmediato a las solicitudes del usuario, realizando las gestiones necesarias para su resolución.¹⁹

- j) Obligación de restitución de la circulación vial: El concesionario está obligado a mantener el tránsito seguro donde se efectúen obras de conservación, según las Bases de Licitación, tomando las precauciones para proteger los trabajos así como la seguridad en el tránsito. En caso que se deba suspender el tránsito por emergencias en el camino, deberá tomar las precauciones y medidas tendientes a rehabilitarlo en el menor tiempo posible. Además, deberá dar aviso al usuario, ocupando paneles de señalización variable, semaforización y todos los medios de que disponga.

- k) Obligación de proveer, colocar y mantener señalización completa: En los casos en que se deba ejecutar labores de mantenimiento, conservación o reparación, que interfieran en las vías de circulación de las obras, se deberá proveer, colocar

¹⁹El concesionario está obligado a formar un protocolo con todos los reclamos y sugerencias, que incluya copia de los formularios y las acciones seguidas. Este protocolo deberá ser enviado mensualmente al MOP, además de indicar el procedimiento interno del reclamo independiente de su origen. Este protocolo deberá ser entregado a la Inspección Fiscal de Explotación para su revisión y aprobación en un plazo no superior a 15 días corridos luego de la puesta en servicio provisoria, durante los 15 días corridos siguientes la Inspección Fiscal podrá realizar observaciones, de no hacerlas, finalizado los 15 días corridos el protocolo propuesto por la Sociedad Concesionaria se dará por aprobado. Una vez aprobado este protocolo deberá ser enviado mensualmente al MOP, anexando además estadísticas que den cuenta de las casuísticas de reclamo.

Disponible en http://www.vespuciosur.cl/documentos/servicios_usuario.pdf [fecha de consulta 5 de agosto de 2010]

y mantener señalización completa y adecuada, tanto diurna como nocturna, que advierta a los usuarios, en forma oportuna, clara y precisa de la situación producida y de las precauciones a tomar, todo ello según las disposiciones legales vigentes. Para estos efectos, antes de iniciar los trabajos, el Concesionario deberá someter a la aprobación del Inspector Fiscal, que son funcionarios públicos nombrados por el Ministerio, que deben coordinar las distintas actividades realizadas en las direcciones y departamentos respectivos del MOP involucrados en el contrato. Tienen como principal función el vigilar, en forma muy minuciosa, todos los actos del concesionario durante la concesión y de organizar un régimen de control para cumplir este deber de vigilancia.

- l) Obligación de mantenimiento y conservación: El concesionario deberá mantener en buen estado todas las obras de la concesión, sean viales, estructuras, instalaciones, obras anexas y sistemas, según los parámetros establecidos en las Bases de Licitación. El mantenimiento y conservación de las obras en concesión se ejecutará de acuerdo al Programa de Conservación, los cuales consideran los requerimientos asociados al cumplimiento de los estándares y condiciones establecidas en el contrato de concesión.²⁰

Reparaciones mayores y de emergencia, establecidas en las Bases de Licitación también estarán incluidas en el Programa de Conservación del inciso anterior.²¹

- m) Obligación de cumplir con las normas de derecho laboral: El concesionario está obligado a acatar las normas laborales y previsionales que protegen asus

²⁰ Disponible en http://www.vespuciosur.cl/documentos/servicios_usuario.pdf [fecha de consulta fecha de consulta 5 de agosto de 2010]

²¹ Disponible en http://www.vespuciosur.cl/documentos/servicios_usuario.pdf [fecha de consulta fecha de consulta 5 de agosto de 2010]

trabajadores, y en especial los reglamentos de higiene y seguridad, todo ello en conformidad con la legislación vigente.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, podemos agrupar las obligaciones del concesionario en torno a cuatro aspectos:

i.- Construir, reparar y conservar las obras, de acuerdo a lo indicado en las bases de licitación. Las especificaciones técnicas de la obra son definidas por la autoridad, sin perjuicio de la iniciativa reconocida a los proponentes para sugerir soluciones adecuadas a los problemas que deben enfrentarse. Los plazos de construcción están definidos por contrato.

ii.- Poner la obra a disposición de los usuarios. En la fase de explotación, el concesionario asume la obligación de facilitar el acceso a la obra en forma ininterrumpida y “en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios” (Ley de Concesiones, art. 23 N° 2, letras a y b)

iii.- Tomar los seguros necesarios. Sin perjuicio de exigencias suplementarias contenidas en las bases de cada licitación, el concesionario “deberá tomar pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de concesión” (Reglamento, art. 36).

iv.- Responder de los perjuicios que sufran los usuarios con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la obra (Ley de Concesiones , art. 35).

1.3.- La teoría de la imprevisión en el marco de la ley de concesiones.

Las autopistas concesionadas están expuestas a múltiples riesgos distribuidos entre el concesionario, los usuarios y el Estado. En palabras de Engel, Fischer y Galetovic:

“La distribución de riesgos resultante depende del mecanismo de licitación que se use. Dado que el concesionario no puede diversificar todos los riesgos, la rentabilidad promedio exigida a los proyectos dependerá de los riesgos que debe enfrentar.”²²

En economía, la teoría de finanzas sugiere que los riesgos deben ser traspasados a los agentes que pueden diversificarlos mejor; pero es necesario ser cauteloso, pues tal recomendación no considera que los concesionarios son más eficientes cuando asumen parte de los riesgos que pueden controlar. Por ejemplo, si el Estado se hiciera cargo de todos los sobrecostos incurridos en la construcción, el concesionario tendría pocos incentivos para evitarlos. Por lo tanto, la regla de asignación de riesgos debe ser modificada de manera que éstos se asignen al agente en posición de controlarlos. Todo riesgo residual (es decir, aquel que es independiente de las acciones de los agentes) debe ser diversificado. A continuación se clasifican los principales riesgos que afectan a las concesiones urbanas.

En materia jurídica el riesgo en la autopista deriva de la discusión a la denominada “Teoría de la Imprevisión”, la cual dice relación con aquellos casos en que las obligaciones de las partes se van cumpliendo durante períodos prolongados, y puede

²²ENGEL, Eduardo, FISCHER Ronald, GALETOVIC Alexander (1997) ¿CÓMO LICITAR UNA CONCESION VIAL URBANA?: CEP- Chile. P. 252.

ocurrir que durante la vida del contrato sobrevengan hechos imprevistos y graves, que hagan para una de ellas excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones.

La teoría de la imprevisión, establecida en el artículo 19²³ -incisos 3 y 4- de la Ley de Concesiones indica la posibilidad a las concesionarias de solicitar revisar el régimen económico de la concesión como consecuencia de “causas sobrevinientes que así lo justifiquen”.

En la Ley de Concesiones que regía en 1990 no existía un régimen para compartir riesgos entre el Estado y los particulares²⁴. Actualmente, se establecen las siguientes reglas respecto a este punto:

- Los riesgos de sobrecosto son asumidos por el concesionario, pero el Estado entrega la ingeniería del proyecto casi completa.
- Los riesgos de completar las obras (terminar los trabajos en el plazo acordado) son asumidos por el concesionario, a través de la garantías del contrato.
- Los riesgos de expropiación los asume el Estado.
- Los riesgos de catástrofes los asume el concesionario y el Estado.
- Ante los riesgos de estimación de demanda, en general el Estado garantiza un ingreso mínimo.

²³ Artículo 19 incisos 3 y 4 de la Ley de Concesiones señala:

Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 36° de esta ley.

Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

²⁴ En CORDERO VARGAS, Ricardo. Rol regulador del Estado en obras viales concesionadas. (1999) Universidad de Chile, p. 17, que señala: “podría afirmarse que se enfocaba como “una modalidad del pago en un contrato administrativo común”, al igual que ocurría con la primera legislación de concesiones de Costa Rica.

1.4.- Marco regulatorio de las concesiones viales

El marco jurídico es calificado como flexible, porque permite concesionar cualquier obra pública en forma transparente, en lo que se refiere al proceso de adjudicación. Además de la Ley de Concesiones, algunas otras modificaciones introducidas a las leyes chilenas han contribuido al éxito del sistema, tales como la modificación de la Ley General de Bancos, la modificación de la legislación sobre fondos de inversiones y del mercado de capitales.²⁵ Chile no ha modificado su legislación para establecer una institucionalidad propia de las concesiones.

La regulación se remonta a 1960, año del cual data la primera Ley de Concesiones, la que fue modificada en 1984, pero nunca fue utilizada, sino hasta 1990 cuando se reformó y se aplicó para licitar el proyecto túnel El Melón. El proyecto fue adjudicado con una fórmula de evaluación de las ofertas económicas bastante compleja, ya que incluía siete variables: subsidio requerido o pago ofrecido, estructura de peajes, plazo de la concesión, garantía estatal, grado de compromiso de riesgos, puntaje en servicios adicionales y fórmula de reajuste de los peajes. Al final, la adjudicación se resolvió considerando el monto del pago al Estado, a pesar de que la cuantía del peaje de los oferentes era la más alta. Desde entonces, los concesionarios han presionado al gobierno para obtener una renegociación, al ofrecer disminuir el monto del peaje a cambio de una reducción del pago al Estado, cuestión que no ha tenido éxito.

Luego, bajo el imperio de la Constitución Política de 1980 y, con arreglo a lo señalado en el artículo 60 N° 10 de La Carta Política, es materia de ley la fijación de las normas que regulen la concesión de bienes del Estado.

²⁵ CEPAL, Op. Cit., p.13.

“Art. 60 n° 10. Sólo son materias de ley: Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”.

De acuerdo a dicha norma, en materia de obras públicas, la posibilidad de aplicar el régimen de concesiones estaba previsto en la ley orgánica del MOP, contenida actualmente en el D.F.L. MOP N° 850 de 1997, que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840 Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del D.F.L. N° 206 de 1960, Ley de Caminos, estableciéndose que las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, repararse, o mantenerse por contrato adjudicado por licitación pública a cambio de la concesión temporal de su explotación.

La normativa dictada con este objetivo fue el D.F.L. MOP N° 591 de 1982, que fijó las normas sobre ejecución, reparación, y mantención de obras públicas por concesión. Sin embargo, esta normativa no fue utilizada durante su vigencia. En 1991, el Ejecutivo inició el estudio de un programa de obras públicas a ejecutar por este procedimiento, enviando al mismo tiempo un proyecto de ley al Parlamento para dotar de mayor eficacia al régimen legal de concesiones. Desde entonces hasta la fecha la Ley de Concesiones ha sido modificada en dos ocasiones a través de la Ley N° 19.252, de 1992, y la Ley N° 19.460, de 1994.

Oficialmente, Chile promulgó su ley de concesiones en 1991 y la modificó en 1993 y en 1995, con el objetivo de proteger mejor a los acreedores del concesionario. Sin embargo, ya en el año 1982, se contemplaba la participación de particulares en obras viales con el D.F.L. 591 de 1982.

La Ley Orgánica que regula al Ministerio de Obras Públicas prevé la existencia de unidades funcionales para fines específicos. Bajo su amparo se creó en el año 1995 la Coordinadora General de Concesiones (CGC), a cargo del Coordinador General del

Programa de concesiones del MOP (Resolución N° 549 de 9 de febrero de 1995). Mediante la resolución 3014 de 12 de septiembre de 2006 se creó la Coordinadora de Concesiones de Obras Públicas. Múltiples resoluciones en el tiempo, han fijado su estructura y atribuciones Resoluciones N°s 1215 (5/5/2005), 140 (11/6/2006), 2020 (4/7/2006) y 3014 (5/9/2006). Entre las funciones que corresponden a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas están las de asesorar a la Dirección General de Obras Públicas en todo lo relativo al estudio, análisis, licitación, adjudicación de proyectos que se desarrollen mediante el sistema de concesión de obras públicas, como asimismo, la gestión de los contratos de concesión en sus etapas de construcción y explotación.

Finalmente, el Congreso, con el amplio apoyo de todos los sectores políticos, promulgó en 1996 la Ley de Concesiones (Decreto MOP N° 900), que permite al Ministerio de Obras Públicas otorgar en Concesión toda obra pública. El texto legal establece que en caso que el proyecto a concesionar sea competencia de otro organismo del Estado, esta entidad podrá delegar en el Ministerio de Obras Públicas, mediante convenio mandato, la facultad de concesionar la obra en cuestión. Se dictó el Texto Refundido Coordinado y Sistematizado de estas normas, constituido por el DS MOP N° 900. El Reglamento vigente de la Ley de Concesiones es el D.S. MOP N° 956 de 1997, que sustituyó al aprobado mediante el D.S. N° 240 de 1991.²⁶

Si bien, como se puede apreciar, se han dictado leyes mejorando el sistema de concesiones, uno de los puntos más débiles es la norma, sobre la responsabilidad que le cabe al particular que se adjudica una concesión.²⁷

²⁶CEPAL - SERIE Gestión pública N° 1627

²⁷ El artículo 35 del decreto 900 del MOP señala: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

Recientemente, en el mes de abril de 2010, la Contraloría General de la República aprobó el Reglamento que introduce cambios a la Ley de Concesiones. Con la toma de razón del organismo contralor y su publicación en el Diario Oficial, se consolida un proceso iniciado el año 2007 cuando se presentó el proyecto de ley que dio origen a las últimas modificaciones realizadas a la Ley de Concesiones. La modificación legal tenía como fundamento el significativo aumento de la infraestructura pública en el país a través del sistema de concesiones, y las nuevas demandas por mejorar la calidad de vida e incentivar el desarrollo productivo del país. La consolidación del sistema de concesiones exige una adecuada calidad del servicio a los usuarios y la generación de incentivos para la innovación empresarial en el diseño de los proyectos y para la inversión en conservación de las obras públicas, de manera de mejorar la relación costo-calidad del servicio. La modificación legal aspira a mejorar el mecanismo de resolución de conflictos entre el MOP y los concesionarios, generando un mejor balance entre los intereses públicos y privados, con el objetivo de enfrentar un programa de inversiones ambicioso que permita avanzar en otras áreas de la infraestructura pública.

1.5.- Procedimiento de concesiones viales

La Ley de Concesiones establece que la adjudicación de las concesiones se efectúe vía licitación pública, nacional o internacional. Adicionalmente, el MOP puede hacer un llamado de precalificación de empresas o consorcios cuando la obra revista especiales características de complejidad, magnitud o costo, para garantizar la libre competencia

terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.

entre los participantes. Normalmente, el proceso comienza con el estudio del proyecto por la entidad licitante, pudiendo existir o no una etapa de precalificación de empresas concesionarias.

La licitación de la concesión es adjudicada al que presente la mejor oferta, existiendo múltiples criterios de adjudicación, que van desde la tarifa que ofrezca cobrar cada potencial concesionario, los plazos de concesión, las condiciones y características técnicas del servicio ofrecido y los ingresos garantizados por el Estado, entre los más relevantes. El consorcio que se adjudique la licitación deberá constituir normalmente una sociedad anónima especial encargada del contrato de concesión.

Una vez adjudicado el contrato comienza la fase de construcción con la aprobación de los diseños definitivos, si esto corresponde. Finalmente, se da curso a la etapa de operación o explotación del camino, en la que los concesionarios asumen la administración de la vía y recaudan la tarifa o peaje.

1.6.- Funcionamiento del sistema.

La asociación pública-privada, impulsada por el Ministerio de Obras Públicas, es una estrategia que ha permitido al Estado, en el área de inversión de infraestructura pública, liberar recursos, optimizar sus inversiones y potenciar el desarrollo productivo del país. Por la concesión de un elemento de infraestructura, éste se devuelve a manos del gobierno después de un período, especificado en las bases y contrato correspondiente; la venta implica que no regresa a manos del Estado.

Desde el ámbito privado, se aportan los recursos económicos, la experiencia e innovación tecnológica y, desde el Estado, se entregan los esquemas asociativos, instrumentos que facilitan el financiamiento y un marco legal que ha permitido sustentar una alianza a largo plazo.

La asociatividad pública–privada que ha tenido lugar en Chile, expresada a través del modelo de concesiones de obras públicas, se enmarca dentro de una tendencia mundial de las últimas décadas, en que países de Europa tales como Francia, España e Italia han ejecutado grandes obras de construcción de autopistas, portuarias, y en el sector sanitario, en que el sector privado ha efectuado enormes inversiones recuperándolas posteriormente con la explotación de los servicios prestados a los usuarios, tal como fue la construcción del túnel sobre el Canal de la Mancha, resultante de un acuerdo internacional firmado en 1986 entre Gran Bretaña y Francia que se materializó a través de un contrato de concesión para la explotación de servicios por parte de particulares.²⁸

En su ciclo de desarrollo, las propuestas a ser concesionadas pueden ser de origen público o privado. En el segundo caso, el MOP debe determinar si la iniciativa es de interés para el Estado. De ser así, el proyecto será declarado licitable y, al momento de su licitación el proponente será premiado con una mejor ponderación en su oferta. Si el origen del proyecto es público, el MOP consulta con otros organismos fiscales sobre su factibilidad y conveniencia; sólo entonces se integra a la cartera de negocios.

Una vez que los interesados en los proyectos entran en una fase de precalificación o directamente de licitación, los profesionales del MOP dan inicio a una etapa de intercambio de información técnica y de factibilidad con los participantes del sector

²⁸ FERREIRA LEMES, Selma, Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. confidencialidade ou publicidade processual?, artículo publicado www.ccbc.org.br, visitado Septiembre de 2010.

financiero y los propios actores del proceso, perfeccionando los proyectos y los mecanismos de participación del Estado y del sector privado. Una vez concluido este proceso se elige, entre las propuestas técnicamente aceptables, la que entregue la mejor oferta económica. La empresa o consorcio que se adjudica la concesión construye las obras establecidas en el contrato, lo administra y mantiene el servicio por un período determinado, el cual se extiende generalmente por un período de 20 o 30 años, siendo su máximo 50, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Concesiones.

El sistema de concesiones ha desarrollado un conjunto de instrumentos de financiamiento, entre los que destacan los ingresos mínimos garantizados, bono de infraestructura, mecanismo de cobertura cambiaria y mecanismo de distribución de ingresos. Cabe señalar que todas las obras, construcciones e inversiones realizadas bajo esta modalidad pertenecen al Estado. Es decir, la empresa adjudicataria tiene la concesión del servicio, pero no la propiedad de la obra. De ahí que una vez terminado el periodo de concesión, el Estado puede llamar a una nueva licitación o administrarla directamente.

Por último, el sistema de concesiones chileno ha sido pionero en aspectos relativos a la gestión y planificación ambiental, marcando un camino para el desarrollo sustentable de la infraestructura en Chile. La participación ciudadana es un aspecto fundamental en las distintas fases de un proyecto concesionado. De esta manera, se promueve la inserción territorial de las obras, acorde a los impactos que éstas generen y con las necesidades de la comunidad, la que es informada e integrada en los procesos de elaboración de los distintos contratos de la concesión. De esta forma, la industria de las concesiones de infraestructura pública, además de generar importantes recursos para el desarrollo de la

economía nacional, ha dado también un fuerte impulso a la integración social y cultural de Chile.

1.7.- Sistema de solución de controversias.

El mecanismo arbitral de resolución de controversias contemplado en el sistema de concesiones chileno conocido como “la comisión conciliadora”, fue creado con el fin de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes (concesionaria-Estado). Esta, juega un rol fundamental en los contratos de concesiones de obras públicas, al conocer y resolver acerca de, por ejemplo, la suspensión de la concesión; si ha existido incumplimiento grave del concesionario que configure una causal de extinción del contrato; sobre la aplicación de multas, al igual que respecto a la suspensión de los efectos de las resoluciones materia de reclamo por parte de las empresas concesionarias.²⁹ Lo anterior, tiene importancia en cuanto al tema en estudio, pues, el no mantener la infraestructura de la autopista en las condiciones de normalidad estipuladas en las bases de licitación o contrato (Ej. No mantener los cierres perimetrales exigidos por diseño de contrato), podría dar lugar a que la comisión conciliadora estudiara la aplicación de multas, suspensión o incluso extinción del contrato.

La comisión conciliadora se encuentra integrada por un profesional universitario designado por el Ministerio de Obras Públicas, otro profesional universitario designado por el concesionario y un tercer profesional universitario nombrado de común acuerdo

²⁹ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *La Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas*, Editorial Metropolitana, año 2003, p. 85.

por las partes, quien la preside, a falta de acuerdo, éste último es designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.³⁰

La comisión conciliadora tiene facultades jurisdiccionales, al resolver como comisión arbitral. Sin embargo el árbitro no actúa en nombre de las personas a quien juzga; por el contrario, obra en nombre propio, en sólo interés de la justicia. Su tarea de juzgar a los litigantes es incomparable con el oficio de representarlos, ya que exige respecto a ellos independencia y autoridad y el representante en cambio debe subordinarse a la voluntad de sus representados.³¹

Tal como lo consigna Selma Lemes, se ha discutido en la doctrina si la composición de la comisión conciliadora, al actuar como comisión arbitral, cumpliría o no con los principios básicos de imparcialidad e independencia que debe observar todo árbitro, desde el momento que dos de los integrantes del tribunal arbitral son nominados por las partes, por lo que tienen el carácter de “árbitro de parte” o “árbitro no neutral”.³²

En principio, no pareciera existir mayor problema en que existiese un sistema de justicia arbitral, para la solución de los conflictos que pudiesen suscitarse en el marco del proceso de concesiones.

Al poder resolver “como árbitro arbitrador” esta comisión puede no sólo decidir apartándose de lo que establece la Ley, incluso el tenor literal de los contratos, sino que debe resolver de acuerdo a las normas de su prudencia, conciencia o criterio, para lo

³⁰ Artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y artículo 84 del Reglamento contenido en Decreto N° 956 de 6 de Octubre de 1997, publicado Diario Oficial 20 de Marzo de 1999.

³¹ RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de Concesiones de Obras Públicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, año 1999, p. 210.

³² LEMES, Selma, Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Económica. Quartier Latin, año 2007, p. 230 y ss.

cual debe recurrir, entre otras cosas, a las normas de interpretación de los contratos, a los principios generales del derecho, a la legislación comparada y a la equidad.³³

³³ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, Op. cit. p. 86.

CAPÍTULO II.- DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

Conceptualmente, la responsabilidad es un principio inspirador de nuestra legislación civil, según el cual, las personas tienen el deber de reparar y responder por todos los daños que causen como producto de su actuar negligente o doloso en la sociedad. En este sentido, la responsabilidad que derivará de su actuar ilegítimo, surge del estatuto jurídico al cual se someta su relación particular, ya sea civil, penal, administrativa, disciplinaria o política.

Como apunta el profesor Pablo Rodríguez Grez, el instituto de la responsabilidad es ciertamente la materia más sensible en la evolución del Derecho³⁴, ya que está directamente relacionada con los hábitos, costumbres, sistemas productivos, fuentes laborales, entre otras, y destaca porque las posiciones son encontradas en los distintos ámbitos que importa la figura jurídica.

Las fuentes de esta responsabilidad civil pueden provenir del incumplimiento, o cumplimiento imperfecto o tardío de un acuerdo de voluntades –contrato -, en cuyo caso estaremos frente a una responsabilidad contractual. Puede provenir también, en cuanto infracción; de una falta de deber de cuidado general, en cuyo caso estaremos frente a una responsabilidad extracontractual.

Cabe entonces preguntarse ¿Cuál de estos estatutos de responsabilidad –contractual o extracontractual – es el aplicable a las sociedades concesionarias?

³⁴ RODRÍGUEZ, Grez P., “Responsabilidad extracontractual” .Santiago, Editorial Jurídica, año 1999, págs. 80 a 98.

2.1.- Responsabilidad de las autopistas concesionadas.

Para comenzar el análisis de esta materia en el sentido que nos interesa, transcribiremos el artículo 35 de la Ley de Concesiones, el cual contiene una descripción de la responsabilidad que corresponde a las autopistas concesionadas en los siguientes términos: “El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.” La idea contenida en este artículo, pasa a ser más detallada en el artículo 62 del reglamento de dicha ley, que en cuanto a los daños a terceros, contiene 2 reglas que indican: “1.- La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra. 2.- La sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial”.

Es principalmente en estas dos normas donde encontramos la génesis o el motivo del gran número de sentencias que no han sido uniformes en cuanto a decidir si la responsabilidad que corresponde aplicar a las autopistas concesionadas es la de origen contractual o de origen extracontractual.

Aun cuando sostendremos que la responsabilidad que corresponde aplicar a las sociedades concesionarias es de origen extracontractual, nos parece importante expresar que la importancia de diferenciar o inclinarse por una u otra, no tendría el grado de importancia que se le suele atribuir. Así, encontramos que en 2 de los 3 aspectos donde podría tener importancia esta distinción, no tiene un real sentido práctico:

- En cuanto al tipo de daño resarcible: En este sentido no tiene la importancia que se le suele atribuir, ya que en ambas sedes –contractual y extracontractual-, todo tipo de daño –lucro cesante, daño emergente o daño moral -, debe ser reparado. Ahora bien, es cierto que hasta hace algún tiempo la tendencia jurisprudencial era reticente a reparar el daño moral en sede contractual, sin embargo esta tendencia ha ido cambiando.

Por último, estimamos necesario señalar que la ley N° 19.496, publicada el 7 de marzo de 1997, sobre Defensa de los Derechos del Consumidor, consagra en el artículo 3° expresamente una indemnización por el perjuicio moral originado en el incumplimiento de un contrato ³⁵. Así, para el profesor Pfeffer Urquiaga “...esta expresa declaración legislativa de procedencia de la indemnización del daño moral, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, hará más fácil al juez la tarea de declarar que se indemnicen los daños sufridos...”³⁶.

Por su parte, no debemos olvidar la amplia referencia a los daños a ser resarcidos por responsabilidad extracontractual que consagra nuestro código

³⁵ Artículo 3.- Son derechos y deberes básicos del consumidor:

e) La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea.

³⁶ Pfeffer Urquiaga, Francisco, “Tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor”, Gaceta Jurídica, Sección Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios, N° 205, Julio, año 1997, pág. 24.

civil, en su artículo 2229 inciso 1º “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.”

En cuanto a la Ley de Concesiones, el artículo 35 ya mencionado nos señala que se deben reparar “los daños de cualquier naturaleza”, por lo que la discusión carece de relevancia para efectos de la extensión del daño.

- En materia probatoria: Gran parte de quienes otorgan importancia a la distinción entre ambos tipos de responsabilidades, suelen hacerlo en vista de lo señalado en el artículo 1547, según el cual, en materia contractual, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, la culpa del deudor se presume, así, al demandar y aceptarse en definitiva la responsabilidad en sede contractual, la carga de la prueba en cuanto a haber cumplido con su obligación correspondería al deudor, en este caso la autopista concesionada.

Según nuestro parecer, esta diferencia debe ser relativizada por dos cuestiones: la primera dice relación con la amplitud que han adquirido las presunciones de culpa en el ámbito extracontractual en el derecho y la doctrina contemporánea³⁷, y la segunda encuentra su sustento en el hecho de que 2 de las hipótesis contenidas en el artículo 2329 de nuestro Código Civil se refieren justamente a eventos relacionados a la conservación de caminos y puentes³⁸, lo que podría, a través de un criterio comparativo, aplicarse a las sociedades concesionarias.

³⁷Aedo Barrera, Cristian. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Librotecnia 2006. Págs. 220-224.

³⁸Véase el Artículo 2329: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta. Son especialmente obligados a esta reparación:

2º El que remueva las lozas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

3º El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

Por lo señalado, en ambas sedes se podría establecer una presunción de culpa del deudor, lo que debilitaría aún más la importancia de hacer la distinción entre uno u otro tipo de responsabilidad.

- En cuanto a la prescripción: Es en este ámbito donde encontramos una real importancia para hacer la distinción, puesto que la acción para demandar responsabilidad extracontractual está sujeta a una prescripción de cuatro años contados desde la perpetración del hecho que produjo daño (art. 2332), mientras que no existen reglas especiales para la responsabilidad proveniente del incumplimiento de obligaciones contractuales, aplicándose en consecuencia el plazo de cinco años previsto en el artículo 2515 del Código Civil, que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible.

Hacer la distinción entre ambas sedes no tendría, por las tres razones expuestas, la importancia que suele atribuírsele. No obstante, también hemos señalado que a la hora de inclinarnos por una u otra, lo haríamos por la responsabilidad extracontractual, esto ya que según expondremos en el próximo apartado, no correspondería demandar en sede contractual.

2.2.- Argumentos para desechar la responsabilidad contractual

Uno de los argumentos que se han utilizado en estos casos de responsabilidad de las vías concesionadas, es el carácter de contraprestación que tendría el peaje que paga el usuario por hacer uso de la vía concesionada. El vínculo contractual estaría dado, según

ellos, por el servicio que presta el concesionario a los usuarios para transitar, teniendo como contraprestación el pago del peaje que realizan.

Creemos que lo anterior no debería entenderse así, ya que estimamos que el vínculo que se establece entre concesionario y usuario no tiene carácter contractual principalmente por dos razones fundamentales:

1. Carácter de tributo de la tarifa.
2. Origen de la relación entre el concesionario y el usuario.

2.2.1.- Carácter de tributo de la tarifa

La naturaleza jurídica del peaje es de carácter tributario. Así lo han señalado ya algunas sentencias³⁹⁴⁰, las que entienden que la ley reconoce como prerrogativa del Presidente de la Republica “establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime conveniente, fijando su monto y pudiendo determinar los vehículos que no pagarán esta contribución”. Añade que “los ingresos provenientes de este tributo deberán destinarse anualmente a la construcción y conservación de la red caminera del país (Ley Orgánica del MOP, según texto refundido fijado por DFL N° 850, del MOP, de 12 de septiembre de 1997 art. 75).

Hemos sostenido en el desarrollo del presente trabajo que, el hecho de que el Estado conceda a un privado el ejercicio de una tarea que por definición debiera corresponderle a la Administración Pública, no altera la publicidad de la actividad. Se crearía entonces una especie de identificación entre el concesionario y el Estado o el organismo de la

³⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia, 9 de marzo de 2011, Ramírez Juan con Ruta de los Ríos Sociedad Concesionaria.

⁴⁰ Tribunal Constitucional, 17 de Mayo de 1994, Rol N° 183. El Tribunal estimó que los peajes camineros, no obstante ser tributos de afectación, son constitucionales en la medida que se encuentran cubiertos por una norma constitucional transitoria (disposición 6ª del texto vigente).

administración que otorga la concesión, en la que un privado llevaría a cabo funciones públicas por encargo del Estado, por lo que tendría el derecho de recibir un tributo de parte de los contribuyentes.

En el derecho chileno Soto ha ido más lejos aún, señalando que el concesionario no solo cumple funciones por el Estado sino “es el Estado mismo”⁴¹.

El concesionario de obra pública cobra el peaje en condiciones análogas a su percepción por agentes públicos en el marco de la gestión directa de los caminos. Esto se encuentra consagrado en la ley vigente en Chile, la que en materia de vialidad faculta al Ministerio de Obras Públicas a “encargar a particulares...la administración y recaudación de peajes”⁴².

La condición legal y reglamentaria en que los caminos deben explotarse, que incluye la percepción de una tasa, sugiere que la relación que se forma entre el concesionario y el usuario está sujeta a un estatuto distinto, de origen no convencional, sino más bien legal. Por último, si bien creemos en el carácter de tributo que tendría el monto pagado por los usuarios al hacer uso de las vías concesionadas, debemos señalar que la naturaleza jurídica de dicho monto no es un tema exento de discusión, así, parte de la doctrina estima que éste tendría la naturaleza jurídica de una contraprestación. En este sentido María Rufián Lizana, argumenta sobre la base de lo expresado en el artículo 11 de la Ley de Concesiones: “*El concesionario percibirá como única contraprestación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados*”, y el artículo 7 del mismo cuerpo legal que

⁴¹ Según Eduardo Soto K., “para el usuario (el concesionario) no es un particular o un tercero sino que es la propia administración del Estado (Estado/Fisco, en este caso), desde que es a ella a quien legalmente le corresponde prestar el servicio, si bien lo hace a través de un tercero ajeno a ella, concesionaria que presta un “servicio público” que por ley toca prestarlo al Estado pero que lo hace “por” el Estado (Estado /Fisco) , siendo para el usuario ese concesionario el Estado/Fisco mismo”. Nota a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de Agosto de 2008, Concha Sofía con Rutas del Pacífico (Ruta 68), contenido en su Derecho administrativo. Temas fundamentales. Santiago: Legal Publishing, 2009, pág. 479.

⁴² Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, artículo 29.

señala: *“Las tarifas ofrecidas, con su correspondiente reajuste, serán entendidas como tarifas máximas, por lo que el concesionario podrá reducirlas”*. Por último sustenta su argumentación en el hecho de que *“...la tarifa en la vía concesionada es una percepción que hace suya la sociedad concesionaria, integrándola plenamente en su patrimonio sin que en ningún momento pase al Estado...”*⁴³

No compartimos estas argumentaciones, pues como lo hemos señalado antes, creemos que en esta delegación de funciones por parte del Estado, existiría una identificación entre este y el concesionario.

2.2.2.- Origen de la relación entre concesionario y usuario.

Es entendible la confusión que se genera al atribuir a este vínculo un carácter de contractual, pues, entendiendo que el contrato es un acuerdo de voluntades (Código Civil art. 1437), que usualmente se genera de manera verbal o por escrito, puede originarse este también aun por simples comportamientos que manifiesten la voluntad recíproca de las partes en pos de obligarse, de ahí que el uso de la vía o el acto de pagar una tarifa o peaje en las casetas de la autopista, podrían calificarse como constitutivos de un acuerdo contractual.

Esta confusión debe ser despejada de plano, ya que las condiciones en las cuales se presta el servicio de conservación de la obra vial, no tiene un origen convencional donde intervenga el usuario como parte, sino que proviene de las bases y especificaciones que definen el contrato de concesión de obra pública.

El contrato que se genera en este caso, involucra un acuerdo de voluntades entre el Estado y el concesionario⁴⁴. Las obligaciones que pesan sobre el concesionario son

⁴³ RUFÍAN LIZANA, Dolores, Op. Cit. Pág. 148

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, Op.cit. Pág. 38 Considerando N° 2.

incluso preexistentes al uso de la infraestructura que hagan los usuarios, como es la de permitir el ingreso y la utilización de las vías públicas de forma no discriminatoria a los usuarios que lo requieran.

Más aún, si entendiéramos como contractual el vínculo formado entre el usuario y el concesionario, podría suponerse que, por medio de un acuerdo entre estas partes, se pueda desligar al concesionario de la obligación de mantenimiento y conservación de la obra, lo cual resulta a todas luces improcedente de acuerdo a las reglas legales y contractuales que rigen la concesión, además de ir contra los principios del orden público.

Por último, descartamos el carácter contractual de la relación, pues el concesionario se encuentra obligado a cumplir obligaciones de conservación, aun en caso de que ningún usuario haga uso de la respectiva infraestructura.

2.3.- Responsabilidad Extracontractual

Descartado el régimen contractual de las relaciones establecidas entre el concesionario y el usuario, el régimen de responsabilidad que se tendrá que aplicar en caso de daños resulta ser necesariamente el extracontractual. El ámbito de aplicación de responsabilidad Aquiliana se define en forma residual, pues rige, como lo indica el artículo 2284 del Código Civil, en las relaciones que se forman “sin convención”.

La denominada responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad civil por los hechos ilícitos, se encuentra regulada en el Título XXXVI del libro IV del Código Civil, bajo el epígrafe “DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS”. De este título podemos extraer que la responsabilidad extracontractual es, de conformidad a nuestro

ordenamiento jurídico, una fuente de obligaciones que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil, es decir de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro⁴⁵.

Para que haya lugar a la responsabilidad extracontractual, son dos los requisitos fundamentales; la actuación ilícita, dolosa o culposa y el daño a la víctima que ella ocasiona. A ellos Alessandri agrega otros, de tal manera que tenemos los siguientes:

- 1.- Una acción libre de un sujeto capaz.
- 2.- Realizada con dolo o negligencia.
- 3.- Que el demandante haya sufrido un daño.
- 4.- Que entre la acción y el daño exista una relación causal suficiente para que éste pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado. La doctrina y jurisprudencia nacionales comparten esta enumeración de requisitos.⁴⁶ Tal como señaláramos en un párrafo anterior⁴⁷, el instituto de la responsabilidad es uno de los temas que ha tenido un mayor grado de evolución en la historia del derecho, y respecto a la responsabilidad extracontractual o Aquiliana, existen 4 estadios de desarrollo claramente delimitados entre sí, los cuales, con el objeto de tener una comprensión más acabada de la materia expondremos brevemente:

⁴⁵ Aguad Alejandra. “Responsabilidad Extracontractual: Derecho de Daños”, apuntes UDP-Chile, año 2005, pág. 9.

⁴⁶ BARROS Bourie, Enrique (2006), “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, pág. 62

⁴⁷ Véase pág. 35 del presente trabajo.

Primera Etapa (hasta 1938).

En esta etapa es aparente una gran influencia del fallo Blanco (París), este caso tiene su origen en el accidente de un niño que fue arrollado por un carro de tabaco, operado por un órgano de la administración. El padre del niño pidió ante los tribunales que declare al Estado responsable por el daño provocado. En nuestros tribunales; la importancia radica en la consagración clara y expresa del principio por el cual la administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares. Esta afirmación constituye la base de la existencia del derecho administrativo. El fallo se afirma en la existencia de reglas especiales de responsabilidad de la Corte Administrativa bajo la Ley 16 de agosto 24 de 1790, que prohíbe a los tribunales "perturbar de cualquier manera las operaciones de los órganos administrativos".

Segunda Etapa (1938 -1965).

En ésta etapa se genera un gran retroceso con respecto a la etapa anterior, ya que los tribunales utilizan un criterio que fue abandonado hacía tiempo en Francia, este consistía en distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión⁴⁸, en los primeros no

⁴⁸ Corresponde a la Teoría de la doble personalidad del Estado desarrollada por la doctrina alemana, en la que se realizaba una distinción entre *actos de autoridad o imperio*, actos en los cuales el Estado hacia uso de su potestad de mando para la realización de fines públicos esenciales, *imponiéndose sobre los administrados en el ejercicio de su poder público* y *los actos de gestión*, que a su vez se clasificaban en *actos de gestión privada*, actos en que el Estado administraba su patrimonio y *actos de gestión pública*, actos en los que el Estado *se equiparaba a los particulares* por la vía de la contratación. Ésta teoría ya

es el Estado el que debe responder, sino los funcionarios personalmente, mientras que en los segundos efectivamente debe responder el Estado, por lo que se le aplican normas de Derecho Civil. Esta teoría es abandonada, porque en la práctica se presentaban situaciones en las cuales es difícil distinguir a qué tipo de acto se refiere, por ejemplo: en los casos en que un funcionario realice actos de gestión y autoridad.

Tercera Etapa. (1965-1980)

En esta etapa se distingue entre actos de autoridad y aquellos que no lo son. Se considera la existencia de la responsabilidad extracontractual sin actos de gestión. Además, se restringe el concepto de actos de autoridad, por lo que los demás actos que no estén comprendidos en su concepto, generan igualmente responsabilidad para el Estado, pero conforme a las normas del Código Civil. De ésta manera se restringió el campo de la responsabilidad del Estado y la doctrina administrativa comenzó la formulación de teorías publicistas respecto de la responsabilidad del Estado, como la teoría del órgano.

La anterior, tiene por objeto atribuir a un ente público los actos de sus agentes: tal acto ejecutado por un ciudadano puede ser imputado o atribuido al Estado sólo en la medida que ese ciudadano pueda ser considerado un órgano del Estado. Despojando la teoría de todo su ropaje pseudobiológico, esa es la conclusión a que condujo el análisis ya clásico de Kelsen, para quien el problema del Estado era ante todo “un problema de imputación”, es decir, de definición de las condiciones según las cuales ciertas acciones

había sido abandonada en Francia a finales del siglo XIX, mientras que en Chile se seguía aplicando, lo que claramente constituía un retroceso en ésta materia.

humanas deben ser consideradas como acciones del Estado. En esta perspectiva, “se llama ‘órganos’ del Estado a aquellos individuos cuyas acciones son precisamente consideradas como actos del Estado”.⁴⁹ Esta teoría es, en definitiva, una teoría de imputación; ella determina bajo qué circunstancias el acto de un agente público puede ser imputado al ente público de que se trate.

Cuarta Etapa. (1980 en adelante)

En la cuarta etapa encontramos la carta fundamental de 1980, la cual consagra en su artículo 38 inciso 2º⁵⁰ el derecho que tiene toda persona lesionada por la Administración del Estado de sus organismos y de las municipalidades para reclamar ante los tribunales de justicia competentes. Según el jurista Fabián Huepe Artigas⁵¹ esta etapa se inicia con el fallo Tirado con Municipalidad de la Reina⁵² (Corte Suprema 24 de Marzo de 1981), en que doña María Eliana Tirado el 4 de Mayo de 1977 cayó a una excavación profunda

⁴⁹KELSEN, Hans., *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruselas, trad. B. Laroche, 1997, p. 245. Cf. Troper, M., “Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État”, *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses universitaires de France (col. Léviathan), Paris, 1994, p. 143 s.

⁵⁰ Artículo 38 inciso segundo de la Constitución señala: 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.

⁵¹ HUEPE ARTIGAS, Fabián Andrés, *Responsabilidad del Estado, Falta de servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa*. Presentado como tesis de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, esta memoria fue calificada con nota siete el año 2002 por los profesores de esa Casa de Estudios Superiores. Premio Nacional Santiago Prado, 2003.

⁵² Señaló, en su considerando cuarto: "Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad o fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material".

a dos metros de la parada de bus, excavación que no estaba señalada en forma alguna. Los argumentos esgrimidos por este autor para ser considerado el inicio de esta nueva etapa, es que se establece la responsabilidad de la Municipalidad (que forma parte directa del Estado), lo que permite que no se trate de una responsabilidad por el hecho ajeno o indirecta de sus funcionarios. En segundo lugar se aplicó la Ley Orgánica de Municipalidades de la época -Decreto Ley N° 1.289- y no el Código Civil. En tercer lugar, se establece un sistema de responsabilidad objetiva de la Municipalidad, ya que en el fallo de la Excma. Corte Suprema se aplicó el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades⁵³, por lo que se descartó la responsabilidad por negligencia que dispone el Código Civil.

2.3.1.-Clases de responsabilidad extracontractual

Si bien la responsabilidad extracontractual fue conocida desde la época romana, su desarrollo se produjo con el advenimiento de la Revolución Industrial, donde el maquinismo, la empresa y los medios de transporte, trajeron junto con sus beneficios, un aumento en el número de accidentes con sus consecuentes daños. De allí la necesidad de regularlo de una forma particular.

Para fundamentar la responsabilidad extracontractual, dos tendencias existen: la clásica o subjetiva y una moderna u objetiva o sin culpa.

⁵³ El citado artículo 62 en su inciso 3 señalaba: la responsabilidad extracontractual procederá, principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno a más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente.

No obstante que cronológicamente la responsabilidad subjetiva es anterior a la objetiva en cuanto a su utilización, para efectos de lo que plantearemos en el presente trabajo, comenzaremos analizando los aspectos más importantes de la responsabilidad objetiva o estricta.

2.3.1.1.- Responsabilidad objetiva

La diferencia fundamental entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa, es que en la responsabilidad objetiva o estricta, no es necesaria la existencia de negligencia de parte del autor del daño. En su estadio más puro, la responsabilidad objetiva queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Resulta innecesario entonces, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, hacer un juicio de valor respecto de la conducta del demandado. Basta que el daño se produzca a consecuencia de una actividad, a la que por el riesgo que involucra, la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia, y no en virtud de una omisión de deber de cuidado.

Otra de las características fundamentales de la responsabilidad objetiva en nuestro derecho, es el hecho de constituir un régimen especial de derecho estricto que rige ciertos ámbitos de conducta o tipos de riesgos definidos por el legislador. En consecuencia, su fuente es la disposición expresa de la ley.

Existen casos de sistemas objetivos en nuestra legislación, que se encuentran consagrados de acuerdo al riesgo mayor que involucra la actividad respectiva, y en las

que su ejercicio involucra un beneficio menor que el eventual perjuicio que pueden provocar.

En nuestra legislación encontramos algunos casos en los cuales se contempla la responsabilidad objetiva:

- 1.- Daño causado por animales fieros.
- 2.- Daño ocasionado por las cosas que se arrojan o caen desde la parte superior de un edificio.
- 3.- Daño ocasionado por el conductor de un vehículo motorizado.
- 4.- Responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en caso de accidentes aéreo.
- 5.- Daños ocasionados por aplicación de plaguicidas.
- 6.- Daño ambiental.
- 7.- Responsabilidad por daños en construcciones.
- 8.- Daños provenientes del uso de instalaciones nucleares.

En los casos citados, ha sido la intención del legislador establecer de manera explícita la responsabilidad sin culpa por la que respondería quien desarrolla la actividad respectiva, haciendo uso de frases como: “La responsabilidad civil por daños nucleares es objetiva...” o “...está sujeto a responsabilidad estricta...”.

Fundamentos de la responsabilidad objetiva

Difieren de la teoría de la falta de servicio⁵⁴, o culpa desarrollada por el derecho administrativo y civil respectivamente. Hacen efectiva la responsabilidad del Estado en los casos en que éste —a través de un dependiente—, causa daños en su actuar.

a) Teoría del Riesgo.

Nace como una solución a las falencias presentadas por la teoría de la falta de servicio. Su fundamento es que la actividad del Estado, realizada por medio de sus órganos, crea siempre un posible riesgo, y en caso de que produzca daños, nace la responsabilidad estatal. Lo anterior aun cuando los funcionarios del Estado hayan sido diligentes y no hayan incurrido en falta alguna.

Se han establecido barreras que limitan la aplicación de éste teoría, ya que los particulares podrían aprovecharse de esta manera del Estado.

De aplicarse este fundamento a la responsabilidad de las sociedades concesionarias, podrían mirarse a estas como órganos del Estado, órganos de origen privado, a los cuales se les ha encargado una misión que naturalmente corresponde al Estado administrador, cual es la libre circulación por las vías del país. Entender la responsabilidad bajo estos fundamentos, contrariaría el espíritu del legislador, quien

⁵⁴Véase pág. 56 del presente trabajo.

cuando ha querido establecer una responsabilidad sin culpa, siempre lo ha establecido de manera explícita y sólo para determinados casos.

b) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas.

Teoría creada por el jurista francés Jorge Teissier, quien inspirado en la declaración del hombre y el ciudadano, establece que los daños que puedan sufrir los administrados por el poder público en el ejercicio de su función administrativa, deben ser imputados a los gastos generales de los servicios públicos que son pagados por el impuesto, soportado por todos los administrados.⁵⁵

Si bien es cierto, este fundamento podría tener lugar en algunos casos de accidentes acaecidos en vías concesionadas, (accidentes originados por deficiente diseño de la infraestructura por ejemplo), en la mayoría de ellos no, pues muchos de estos accidentes son provocados por el actuar negligente e inclusive delictual por parte de terceros ajenos a las sociedades concesionarias y a la administración del Estado.

c) Teoría del sacrificio especial.

Esta teoría es similar a la anterior, pero que difiere de ella en algunos aspectos. Los requisitos de esta son:

1. Que la administración pública ocasione un daño al administrado.
2. Que el daño que sufra el particular sea más gravoso que el resto de los particulares, esto es que exista una falta de equidad.

d) Teoría del enriquecimiento sin causa.

Es creación de Hauriou y para su configuración requiere de los siguientes requisitos:

1. Un daño imputable a la administración.

⁵⁵ González, Molina O. “Responsabilidad del Estado”, Universidad Central, p. 10.

2. Que exista un enriquecimiento sin causa del Estado.

3. Y que el daño sea especial.

Se le critica por su mayor preocupación por el enriquecimiento sin causa en que hubiere incurrido el Estado, preocupándose poco por los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales como veremos, en muchas oportunidades son de gran magnitud, llegando incluso a la muerte de usuarios o terceros

e) Teoría del órgano.

Ésta teoría intenta explicar la relación jurídica existente entre las personas jurídicas administrativas y las personas naturales que en ellas actúan, la razón por la cual debe imputarse el daño causado por un funcionario público al Estado y por qué éste debe indemnizar.

La gran crítica que se le realiza, es la comparación que se realiza entre la administración y el cuerpo humano, considerando a las personas como partes del “cuerpo”, pero no contempla que las personas son distintas a éstas; ya que tiene más libertad y no son inmóviles, ni obedientes como las partes del cuerpo humano.

f) Teoría de la indemnización expropiatoria.

Esta teoría establece que la obligación de indemnizar puede deberse a dos causas:

1. Por una actividad lícita de la administración (surgiendo la teoría de la indemnización expropiatoria).
2. Por una actividad ilícita de la administración, dando origen a la teoría de la responsabilidad patrimonial de la administración. Por lo que distingue entre actos lícitos e ilícitos que realiza la administración.

Críticas a la responsabilidad objetiva;

Cuando la doctrina de la responsabilidad objetiva es llevada a extremos, recibe numerosas críticas entre las cuales destacamos:

1. Es peligrosa, pues si se indemniza a una víctima que ha sufrido daño, aun cuando no exista culpa o negligencia de parte de quien lo ha ocasionado, se podría caer en la conciencia generalizada de que da igual actuar de manera diligente o no, pues de todos modos, causado el daño, este será indemnizado. Esto terminaría desincentivando el actuar con el cuidado debido.
2. El subjetivismo informa toda nuestra legislación en materia civil, en este sentido, el dejar de considerar la calificación del actuar de las personas debe relegarse a casos muy particulares y explícitamente reglamentados.
3. El hecho de atender solamente al resultado material del hecho, sin atender al elemento subjetivo que informa nuestro ordenamiento jurídico, puede producir el abuso por parte de la víctima, toda vez que, al no ponderarse este elemento, se estaría excluyendo de raíz el debate en juicio, dejando al presunto autor del daño en una posición de desventaja, por el solo hecho de eventualmente haber desplegado determinadas conductas, sin ponderar consideraciones subjetivas de ninguna especie en relación a la culpa y el dolo.

2.3.1.2.- Responsabilidad Subjetiva.

El sistema clásico o tradicional de regulación de la responsabilidad por el hecho ilícito es el subjetivo. En nuestro derecho, como en los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad. El fundamento de la obligación de reparar se encuentra o reside en la culpabilidad del agente, esto es, el juicio de reproche que se pueda hacer de su conducta y que se gradúa desde el dolo hasta la culpa. Los requisitos que dan lugar a esta responsabilidad son:

- 1.- El daño.
- 2.- La culpa o dolo de quien lo haya causado.
- 3.- La relación de causalidad.

En este régimen, la culpa no solo sirve de fundamento, sino que también constituye el límite de la responsabilidad. La obligación de reparar solo nace a condición de que se haya incurrido en infracción a un deber de cuidado.

Como señala el profesor Barros, estos deberes de cuidado, “pueden ser establecidos por el legislador, mediante la dictación de reglas de conducta orientadas a evitar accidentes (como típicamente ocurre en la Ley del Tránsito); o bien, pueden ser el resultado de una norma no legislada, que debe ser definida por los jueces, recurriendo a la costumbre o a criterios prudenciales de diligencia y de cuidado”⁵⁶

⁵⁶ BARROS Bourie, Op. cit., pág. 28.

2.3.1.3 Falta de Servicio

El concepto de falta de servicio lo encontramos dentro del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. En este ámbito, existió una etapa en el desarrollo de la responsabilidad del Estado, en la cual nuestros tribunales de justicia construyeron la responsabilidad del Estado sobre la base de la aplicación de normas del Código Civil, no existiendo sobre la materia ninguna actividad legislativa de importancia hasta la dictación del Decreto Ley N° 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades de 1976 y la Ley N°18.583 de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Estas normas incorporaron un sistema de responsabilidad del Estado, elaborado por el derecho administrativo francés, donde tiene gran trascendencia el fallo Blanco, en el cual se estableció que la responsabilidad que puede caber al Estado por los daños causados a particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos cánones establecidos en el Código Civil para la relación entre particulares. Se formuló de esta forma también la distinción entre falta de servicio y falta personal, lo que permitió considerar a la administración como responsable sin recurrir a la noción de culpa o dolo por parte del funcionario o agente público.

Ahora bien, no obstante la evolución que ha tenido la materia, ha existido la discusión en cuanto a determinar si la responsabilidad por falta de servicio es de carácter objetivo o subjetivo, llevando en mucho de los casos a que fuera entendida por la jurisprudencia como objetiva, es decir, aquella en que basta para comprometer la responsabilidad del Estado, el que exista un vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Creemos que entender la falta de servicio como una responsabilidad objetiva es un error, ya que no basta la relación de causalidad, pues es necesario la “falta de servicio”.

Además de los conceptos doctrinarios de falta de servicio, entendida ésta como el incumplimiento de un deber de servicio, que puede consistir en que no se preste un servicio que la administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a prestar⁵⁷. La Corte Suprema ha señalado que "[...] la denominada falta de servicio se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público".⁵⁸ Una segunda sentencia nos señala que la falta de servicio concurre: "[...] cada vez que el servicio ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente o no ha funcionado en lo absoluto; cada vez que sus agentes han desconocido su competencia, las reglas concernientes a su actividad, se han declarado culpables de falta o han cometido imprudencias o negligencias."⁵⁹

El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio, dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como “la culpa del servicio”, de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa.⁶⁰ La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio el no funcionamiento del servicio o el funcionamiento tardío del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva.

⁵⁷ BARROS Bourie, Op. cit., pág. 507.

⁵⁸ Corte Suprema, Casación N° 3.427, "Figueroa Gallardo Rosalía y otra con Fisco de Chile", Sentencia de 8 de mayo de 2002.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 10.733, Mesías Villalón c/ Servicio de Salud San Felipe-Los Andes de 29 de noviembre de 1999.

⁶⁰ Henri y León Mazeaud y André Tunc, “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

Pues bien, creemos, según lo expuesto, que si el tipo de responsabilidad aplicable al Estado es, “por falta de servicio”, esto es que debe acreditarse la culpa o negligencia del organismo público, debería aplicarse el mismo criterio a las sociedades concesionarias, sociedades que en definitiva están cumpliendo por delegación, una labor naturalmente encomendada al Estado.

2.4.- Deber de cuidado de las autopistas concesionadas

Hemos señalado que es la responsabilidad subjetiva la que debe aplicarse a estas sociedades, nos preguntamos entonces ¿Cuáles son los deberes de cuidado que deben guardar las autopistas concesionadas?, ¿Dónde encontramos los estándares de cuidado que le son exigibles para adecuar su actuar a derecho?

La primera de las normas que nos ayudaran a dilucidar las preguntas planteadas, es el artículo 23 letra a) de la Ley de Concesiones, señala que el “criterio de continuidad de la prestación de servicio” obligará especialmente al concesionario a “facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestia, 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”. Entendemos de la citada norma que un criterio básico que la Ley de Concesiones toma en consideración para definir las obligaciones del concesionario, es el de normalidad en el funcionamiento de la obra pública respectiva.

La continuidad del servicio es otro de los criterios que se exigen al concesionario como estándares o deberes de cuidado por parte de la ley, así, el reglamento de la Ley de Concesiones provee como únicas alteraciones al régimen de continuidad del servicio, las que sean necesarias para “la realización de los trabajos”.

Patricio Aylwin consideraba entre los atributos esenciales del servicio público “la regularidad y continuidad en la prestación del servicio. Las necesidades públicas a cuya satisfacción proveen los servicios públicos no pueden ser desatendidas o atendidas de manera esporádica o intermitente; la actividad del servicio ha de ser permanente y sin interrupción; regular y continua”⁶¹.

Otra vinculación entre normalidad de funcionamiento de la obra y el criterio de diligencia, aparece recogida por las bases de licitación de los contratos de concesión, al detallar las medidas de seguridad y control a que está obligado el concesionario, las bases de licitación suelen hacer presente “que el concesionario es el responsable de operar y mantener el camino en condiciones normales de servicio, de modo de evitar accidentes. De esta forma deberán responder a toda acción legal que los usuarios pudieran entablar en su contra, debido a las negligencias cometidas a este respecto. Para estos efectos, aparte de las medidas que se adopten conducentes al adecuado mantenimiento del camino tales como: la señalización, la demarcación del pavimento y los otros elementos de las obras viales, el concesionario deberá disponer de sistemas de vigilancia permanente, para poder detectar y tomar las medidas de seguridad necesarias y en forma oportuna, ante eventuales causas de accidentes, estableciendo sistemas de

⁶¹Manual de Derecho Administrativo. Santiago: Editorial Jurídica, 1952, pág. 58.

patrullaje terrestre o aéreo, comunicación telefónica o radial, puestos de control, grúas para retirar vehículos, ambulancias, asistencia mecánica, etc.”⁶²

De este modo, la regulación asume que en sí misma la conducción por carreteras supone un riesgo de accidentes, sea por el acaecimiento de hechos de la naturaleza o por la intervención de terceros, sean estos usuarios de la ruta o agentes externos. El surgimiento de estos riesgos opera con total prescindencia del modo de gestión del camino. Por exigentes que sean las obligaciones del encargado de la vía, la imprudencia de los conductores provocará eventuales colisiones, una lluvia intensa facilitara mayores deslizamientos que en condiciones normales, o podrán concurrir otras causas que produzcan accidentes.

En la circulación por vías públicas intervienen riesgos que recaen de modo general sobre todos quienes participan en ella, riesgos que nuestra legislación ha intentado disminuir por medio de la enunciación detallada de aspectos técnicos, con el objetivo de cumplir con los estándares que han de exigirse a dichas autopistas, un buen ejemplo de esto lo constituye el manual de carreteras elaborado por la Dirección de Vialidad del MOP. La jurisprudencia reciente se ha pronunciado en base a lo señalado en dicho manual respecto de los estándares exigibles a las calles, carreteras y autopistas, a los que corresponden estándares diferenciados de estándares de servicio, respecto de los cuales se determinará la responsabilidad de la administración⁶³.

Este tipo de solución nos parece la manera más adecuada para enfrentar los problemas de responsabilidad que se suscitan en accidentes de carreteras. El régimen de responsabilidad aplicable a las sociedades concesionarias es el de responsabilidad

⁶²Esta cláusula se repite, bajo distinta numeración, en las bases de licitación revisadas.

⁶³15° Juzgado Civil de Santiago, 21 de agosto de 1998, Lindup c/ Municipalidad de Las Condes, confirma Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de junio de 2001, Corte Suprema 18 de julio de 2002, Legal Publishing N° 25428.

subjetiva y la culpabilidad de la autopista estará constituida por la vulneración de criterios como el de normalidad o continuidad en el servicio.

2.5 Hipótesis más recurrentes de accidentes en vías concesionadas.

Distintas han sido las posturas que han tenido los tribunales de justicia al resolver las causas de responsabilidad por daños ocasionados en vías concesionadas. La irregular aplicación de la legislación común, sumada a la ambigüedad del texto de la Ley de Concesiones, han dado lugar a una larga y aun no zanjada discusión doctrinaria a su respecto.

El sistema de responsabilidades que consagra la Ley de Concesiones es de interpretación amplia. Esto, trae consigo cierto grado de incertidumbre en cuanto a cómo y contra quien dirigirse para solicitar la reparación por los daños ocasionados en accidentes acaecidos en las vías concesionadas. Lo anterior, incluso ha dado lugar a que la responsabilidad del Estado –Fisco- se vea involucrada, ya que en la generalidad de las acciones legales llevadas a cabo por los particulares, suele demandarse solidaria o subsidiariamente al Estado ante el evento de no conseguir probar la responsabilidad del concesionario en una sentencia reparatoria favorable.

Dentro de la diversidad de accidentes acaecidos en las vías concesionadas, podemos observar un grupo de ellos que se repiten con una mayor frecuencia, de esta forma tenemos:

2.5.1- Accidentes ocasionados por el lanzamiento de proyectiles contra los vehículos que circulan por las vías.

Uno de los accidentes de este tipo que mayor connotación ha tenido y que generó gran interés debido al nivel de daños que sufrió la víctima, es el caso protagonizado por la Señora Gladys Valck⁶⁴. Esta usuaria, sufrió importantes daños debido el impacto de una piedra que fue arrojada desde una pasarela que formaba parte de la infraestructura de una autopista concesionada.

En dicha causa, se interpuso por parte del marido de la afectada, una demanda contra la sociedad concesionaria y solidariamente contra el Estado. Lo anterior, debido a que en la autopista no existían medidas de seguridad adecuadas para evitar los graves daños sufridos.

El fundamento esgrimido para demandar solidariamente al Estado, fue que la autopista en la que se produjo el accidente en cuestión, tiene un carácter público, en el que la concesión involucra un acto administrativo, cuyo fin último se encuentra en la obtención del bien común para todos los administrados.

Ahora bien, la función señalada ha sido cedida a un particular que asumió el riesgo de la ejecución y conservación de la obra, otorgándosele como contraprestación, el derecho a percibir el tributo o peaje por parte de los usuarios de estas vías, por dicho motivo se demanda también a la sociedad concesionaria.⁶⁵

⁶⁴2º Juzgado Civil de Santiago, “Valck con Fisco de Chile” Rol 1486-2003.

⁶⁵Como argumento normativo, el actor señaló el artículo 42 del DFL 1 de 2001, citando lo que se conoce como “responsabilidad por falta de servicio”, ya que en este caso se cumple lo que entiende dicha norma como un funcionamiento defectuoso de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones. Esto, pues el hecho de que el accidente tuviera ocurrencia dentro de una autopista que es de propiedad fiscal, en la que no se habían implementado condiciones de seguridad adecuadas, al no contar las pasarelas

La contestación del Consejo de Defensa del Estado, señaló que el responsable de los daños es la persona que lanzó la piedra que hirió gravemente a la señora Valck, es decir, un tercero ajeno al Fisco. Además, basan su defensa en el artículo 35 de la Ley de Concesiones⁶⁶. Por lo tanto y en caso de encontrarse a alguien responsable de los daños provocados a Gladys Valck, este tendría que ser o el tercero que lanzó la piedra o bien la sociedad concesionaria.

La contestación de la sociedad concesionaria, al igual que el Fisco, se basó en que el accidente sufrido por la señora Gladys Valck, se produjo por la actuación inescrupulosa y delictual de la persona que lanzó el proyectil.

Alegaron por otra parte que la víctima se expuso imprudentemente al acaecimiento de los daños, debido a que en el momento del accidente llevaba a su hijo de tres años en la falda, conducta que implica una infracción a la ley de tránsito⁶⁷. Esto en definitiva le impidió protegerse de la piedra que caía desde la pasarela, y con esto haber disminuido los daños que finalmente se le produjeron por el impacto del proyectil.

Sentencia.

En la decisión del caso, el tribunal argumentó sobre la base de lo que se encuentra establecido en la Ley de Concesiones, específicamente lo señalado en su artículo 35,

peatonales con protecciones que lograran ser capaces de impedir ataques y/o accidentes como la caída o lanzamiento de objetos contundentes por parte de terceros, ponía de esta forma en peligro a los usuarios de dichas vías. Indicó que a pesar de la existencia de informes que comprobaban la común ocurrencia de este tipo de ataques, el Estado no cumplió su función de realizar una correcta fiscalización de las obras, lo que hubiese permitido corregir las deficiencias de seguridad que tenían las pasarelas peatonales, ello, habría impedido en consecuencia los daños y perjuicios sufridos por la señora Gladys Valck, daños que según se indicó, eran totalmente previsibles.

⁶⁶ Artículo 35, Ley de Concesiones “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.”

⁶⁷ Artículo 79 N° 10, Ley de Tránsito.

esto, en cuanto a señalar que es el concesionario quien debe responder por los daños de cualquier naturaleza provocados a terceros.

Interpretó la norma en el sentido de indicar que en este caso existía una obligación “mantención y conservación”, las cuales se encuentran contenidas tanto en la Ley de Concesiones, como en las bases de licitación. Las anteriores implican que se deben adoptar todas las medidas que permitan considerar que las instalaciones de la concesión cumplieran con patrones de seguridad suficientes para prevenir o evitar daños tanto a terceros, como al personal de la obra, a la propiedad ajena o incluso el medio ambiente.

De esta forma vemos que el tribunal decide el asunto recurriendo a los conceptos de “obligación de mantención y conservación”, estos, reúnen las características de un correcto funcionamiento en materia de seguridad, y se relaciona directamente con lo que hemos denominado en el presente trabajo como la prestación de un servicio en condiciones de normalidad.

Creemos que el tribunal debió tomar en cuenta que este tipo de obras, de gran envergadura, atraviesan muchas veces comunidades con una población importante, cuyos habitantes deben hacer uso de sus diferentes instalaciones. Considerando las condiciones sociales de nuestro país, si queremos alcanzar condiciones de seguridad adecuadas en este tipo de infraestructura, no se debe dejar de considerar la posibilidad de que, ya sea por la actuación de una persona sin escrúpulos, un niño, o bien por un mero accidente, se dejen caer objetos desde la pasarela hacia la pista, lugar donde circulan vehículos a gran velocidad, ya que esto constituye un peligro evidente de producción de daños graves o incluso fatales para quienes transitan en dichos vehículos.

En este sentido, el cumplimiento del servicio de concesión de carreteras de acuerdo a un estándar de normalidad en materia de seguridad, debe implementar medidas suficientes

para evitar accidentes a sus usuarios. Para esto, sus pasarelas deben contar con algún tipo de protección preventiva, ya sea la malla metálica, cierre de acrílico u otras medidas que logren constituir un eficiente impedimento para que algún objeto extraño caiga accidentalmente a la vía, o bien, un obstáculo difícil de salvar para una persona que quiera lanzar intencionalmente algún objeto.

De esta forma, en caso de que, no obstante las medidas de seguridad implementadas, alguna persona lanzare objetos o fortuitamente cayera un objeto a la pista, sería muy factible la decisión del tribunal de excusar de responsabilidad a la concesionaria, ya que ésta ha cumplido con las condiciones normales de prestación de un servicio.

También se debe considerar la magnitud del daño que se causó a la víctima en este caso, cuyas consecuencias le acompañarán durante toda la vida, lo que nos hace pensar en que el nivel de cuidado y/o diligencia exigible debía ser alto, especialmente en el caso de la mantención de pasarelas donde transitan diariamente gran cantidad de personas.

En definitiva, la sentencia eximió al Fisco de responsabilidad, citando para ello, el mismo artículo 35 de la Ley de Concesiones. Realizando una interpretación literal, señaló que no se cumple en este caso con la hipótesis de responsabilidad fiscal que señala la mencionada norma, ya que el daño provocado no resulta imputable a medidas impuestas a la concesionaria por el MOP. Al momento de iniciar la concesión y hacer entrega de las obras, se indica que el Fisco se liberaba de toda responsabilidad por eventuales daños causados a terceros (salvo la mencionada “hipótesis de responsabilidad fiscal”), determinando de esta forma que la mantención o conservación de las obras, que incluye la implementación de condiciones de seguridad corresponden exclusivamente ser cumplidas por la sociedad concesionaria.

Es importante esta decisión, pues vemos que el tribunal considera la existencia de una única circunstancia en que el Fisco tendría un grado de responsabilidad por daños, la cual ha llamado “hipótesis de responsabilidad”. Esto implica el entender que por la suscripción de un contrato, el Estado se desliga de una de sus funciones primordiales - alcanzar el bien común-, todo ello para delegarlo a una entidad privada, a la cual también cede el derecho a percibir el tributo de los usuarios. No se ha considerado como relevante además, que las carreteras concesionadas son un bien nacional de uso público, lo que implica una relación Estado- Administrados que no puede estimarse como suprimida, o suspendida durante el curso del cumplimiento de un contrato de concesión.

2ª instancia

En relación a la sentencia de primera instancia, la parte demandante estimó que los montos a indemnizar no eran suficientes para cubrir el daño sufrido, por lo que interpuso un recurso de apelación contra la sentencia definitiva. Sin embargo, y mientras se tramitaba dicho recurso, finalmente las partes llegaron a conciliación, por lo que el demandante se desistió de la apelación interpuesta.

2.5.2 Accidentes ocasionados por objetos en la vía.

Uno de los casos representativos de este tipo de accidentes, es el que fue protagonizado por el señor Rafael Melendo y su familia en la Autopista del Aconcagua⁶⁸.

En esta causa, el demandante, don Rafael Melendo, circulaba en su automóvil por la Autopista del Aconcagua, cuando de improviso advirtió un objeto de fierro en la

⁶⁸3º Juzgado Civil de Santiago, “Melendo Pérez con Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.” Rol C 8442-2007.

carretera, el que no pudo esquivar, y que se terminó incrustando en la parte inferior del vehículo. Producto de lo anterior, el vehículo sufrió graves daños en el carter, lo que produjo un desperfecto general en el automóvil, el que en definitiva se detuvo. Fue asistido por vehículos de emergencia de la concesionaria, quienes lo llevaron a él, su familia y automóvil al aparcadero dispuesto por la sociedad concesionaria, quienes no se ocuparon de facilitarle un medio de volver a su casa, aun cuando era imposible hacerlo en el vehículo dañado.

El señor Melendo, demando en definitiva a la sociedad concesionaria, ya que según la Ley de Concesiones, la autopista se encontraba en la obligación de mantener las obras en normales condiciones de utilización. Esto a su juicio, no se cumplió, dada la presencia de un fierro en medio de la pista que impedía peligrosamente la normal circulación de los vehículos.

Contestación.

La concesionaria alegó la existencia de caso fortuito, ya que el accidente y por lo tanto los daños, acaecieron por circunstancias imprevistas e imposibles de resistir, esto, pues no se puede pretender que en todo momento y lugar, una autopista, en la que transitan miles de vehículos por día, se encuentre libre de elementos extraños depositados por terceros. Argumentaron que resulta poco probable que el objeto haya estado en la pista por un lapso prolongado de tiempo, ya que existen elementos técnicos y procedimientos en la gestión de la autopista para monitorear y prevenir estas situaciones. Se cumplió de esta forma con las estipulaciones pactadas en el contrato de concesión celebrado con el MOP, mediante la implementación de vehículos que realizan un monitoreo de las pistas durante las 24 horas del día con el objeto de vigilar y prevenir tanto éste, como cualquier inconveniente que pueda impedir el normal funcionamiento de la autopista o

poner en peligro a sus usuarios. Por último, hicieron presente que la ausencia de responsabilidad alegada por su parte, no implica que ésta no pueda existir para el tercero que finalmente depositó el objeto en la pista.

Sentencia.

En la sentencia, el tribunal precisó que el régimen jurídico aplicable en este caso, entre la concesionaria y el usuario, correspondía a responsabilidad contractual subjetiva. Para llegar a esta conclusión, señaló que en este caso ambas partes se encuentran vinculadas por un contrato tácito, que establece obligaciones determinadas e identificables; el usuario por su parte tiene la obligación de pagar una tarifa o peaje según la frecuencia de utilización de vías concesionadas, respetando las condiciones y restricciones de diversa índole impuestas al ingresar a ellas; el concesionario por su parte, tiene el deber de mantención y cuidado de la carretera con el propósito de que el usuario pueda transitar por ella libremente y en condiciones de absoluta normalidad.

Señaló el artículo 35 de la Ley de Concesiones, interpretando dicha norma y señalando que ésta no busca establecer una responsabilidad objetiva del concesionario ante cualquier daño provocado por un hecho ocurrido en la pista, sino que sólo queda afecto al principio general de responsabilidad, por lo que para determinar las responsabilidades, la culpa o negligencia de la concesionaria en el accidente deberá ser acreditada.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito subjetivo de la responsabilidad, señaló la gran importancia que tiene el elemento de la previsibilidad para determinar si el accidente se había producido por culpa o negligencia de la concesionaria.

En este sentido, del examen de las pruebas presentadas por las partes, llegó a la convicción de que el accidente provocado por el fierro que se encontraba en medio de la

pista, constituyó un caso fortuito. Determinó que fue un hecho irresistible, ya como el mismo demandante señaló, la presencia del fierro en la pista fue absolutamente sorpresiva para él, y no afectó a ningún otro vehículo. De esta forma, el tribunal estimó que el objeto no estuvo depositado en la pista por un lapso prolongado de tiempo, por lo que no resultaba exigible ni posible para la concesionaria realizar alguna gestión para retirarlo antes de que se provocara un accidente como el del caso, en este sentido, señala la citada sentencia: “... no puede exigírsele a la concesionaria fiscalizar segundo a segundo, centímetro a centímetro la vía...”⁶⁹

Por otro lado, consideró que la concesionaria acreditó el haber cumplido con su deber de diligencia, ya que realizó todas las gestiones tendientes a que la ruta se encontrara despejada y libre de obstáculos que pudieran provocar un accidente. Sustentó lo anterior en el hecho de haberse acreditado la realización de patrullajes de las pistas las 24 horas del día, lo anterior con el objeto de mantener dicha vía en condiciones de normalidad.

El tribunal en este caso estableció que el ámbito de responsabilidad eventual, sería el de una relación contractual entre el concesionario y los usuarios de la autopista. En este caso, cabe señalar que esta determinación establecería una diferencia trascendental en cuanto a la prescripción de las acciones.

Considerar en el sistema de concesiones la existencia de un contrato tácito entre el usuario y la concesionaria, implica un error. Al razonar de ésta forma, y en virtud de sus atribuciones como parte, sería posible que éstas agregaran, modificaran o suprimieran aspectos de la relación que los vincula. Esto, según lo expuesto en esta tesis no sería posible de realizar pues la concesionaria se encuentra prestando un servicio que

⁶⁹3° Juzgado Civil de Santiago, 4 de enero de 2010, “Melendo c/ Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.

tiene un carácter público, y que está regulado por normas especiales, por lo que al realizarse modificaciones a dichos contratos se estaría transgrediendo nuestra normativa, pudiendo e inclusive ir en contra del orden público.

Ya hemos visto que la concesionaria se encuentra obligada a entregar condiciones normales de funcionamiento en virtud del contrato de concesión suscrito con el Estado. El carácter tributario del peaje, tarifa de origen público que el concesionario tiene el derecho de percibir, nos demuestra que no resulta ser una relación entre el usuario y concesionario en donde se generará la responsabilidad por daños.

No nos llama sin embargo la atención esta calificación por parte del tribunal, debido a que no ha existido un criterio uniforme en las decisiones judiciales a este respecto en los últimos años.

Como señalamos, el tribunal consideró que el concesionario cumplió con el deber de normal funcionamiento de la obra, gestionando un sistema de vigilancia periódica de la pista, realizando un monitoreo constante, las 24 horas del día.

Cabría analizar si fueron efectivamente suficientes estos patrullajes. Como ya señalamos, deberían considerarse las características particulares de cada ruta, (caminos o autopistas) y si en ella transitan frecuentemente vehículos cargados. En caso de que fuera así, es dable para el juez considerar que, además de un sistema de vigilancia patrullada, debiese implementarse, por ejemplo, un sistema de cámaras en los puntos de ingreso a las vías concesionadas las que detecten el ingreso de vehículos con carga mal estibada, de esta forma se podría alertar a los usuarios mediante las pantallas electrónicas de anuncio (llamadas de mensajería variable), para que los conductores tomen las precauciones necesarias y así evitar la ocurrencia de accidentes.

No debemos dejar de considerar, que según nos enseña la Ley de Tránsito⁷⁰, la fiscalización del correcto cumplimiento de las normas en carreteras, y en este caso, de una correcta estibación de los vehículos, es una prerrogativa de Carabineros de Chile, y no del personal de la concesionaria, la cual no cuenta con potestades suficientes para, por ejemplo, realizar la detención del vehículo. Por este mismo tema, al ser Carabineros de Chile una institución pública, podría eventualmente atribuírsele responsabilidad al Estado por incumplimiento o cumplimiento tardío de sus funciones.

Como bien estimó el tribunal, es necesario considerar el espacio de tiempo que existe desde el momento en que cae el objeto a la pista hasta que impacta con el vehículo accidentado. Habiendo la concesionaria realizado las gestiones para prevenir estos accidentes, no resulta razonable exigir la eliminación instantánea del peligro.

En el caso materia de estudio, se excusa a la concesionaria de la responsabilidad por el accidente, ya que según estimó el tribunal, se cumplió con un estándar de normalidad en cuanto a prevenir accidentes por objetos que se encuentren en la vía. Como se logró acreditar en la sentencia, la sociedad realizó todos los patrullajes exigidos por la normativa en materia de concesiones viales.

2.5.3. Accidentes en que se ven involucrada la actuación de terceros.

Existen otro tipo de casos, en que la acción de un tercero ajeno a la sociedad concesionaria, como por ejemplo el imprudente ingreso a las vías concesionadas, genera una serie de acontecimientos que desencadenan en daño o perjuicios a las víctimas⁷¹.

Así le ocurrió a don Mario Catalán y su familia, quienes se encontraban transitando por la carretera que une las localidades de Santiago y San Antonio, vía concesionada bajo el

⁷⁰ Artículo 4º, Ley de Tránsito.

⁷¹ 25º Juzgado Civil, “Catalán Menares con Fisco de Chile”, Rol 4417-2006.

nombre de “Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A.”. En el kilómetro 49 de dicha vía, sector que cruza el canal Tuzana, sorpresiva e inesperadamente se cruzó en la pista un peatón, lo que obligó al conductor a realizar una maniobra para no atropellarlo, provocando que este perdiera el control del vehículo, cayendo finalmente al cauce del canal.

Producto del accidente en cuestión, una de las hijas de la pareja falleció ahogada. Los otros ocupantes, resultaron con lesiones de diversa gravedad, y el automóvil inutilizable.

Por la situación descrita, Mario Catalán en forma personal y en representación de su hija, interpuso una demanda de indemnización de perjuicios en contra de la sociedad concesionaria y en contra del Ministerio de Obras Públicas, solicitando reparación por el daño moral causado por el profundo dolor y aflicción que les supone el fallecimiento de un integrante de su familia, más aún si se trata de un niño, esto además de los perjuicios materiales por los costos involucrados en tratamientos médicos, el funeral de la niña, y la pérdida total del vehículo.

Se demanda a la concesionaria porque la autopista no presentaba las condiciones de seguridad necesarias para evitar accidentes como el acaecido⁷².

Por otro lado, fundamentaron su demanda contra el Estado, al haber el Ministerio de Obras Públicas infringido las normas generales aplicables a la administración pública, citando el artículo 6 de la Constitución Política, en cuanto al sometimiento a las leyes por parte de los órganos de la administración del Estado y el artículo 38 inciso 2º de la

⁷² La inspección personal del tribunal, también fue realizada y en virtud de ella se dieron por establecidos los siguientes hechos: 1.- Que en el km 48 de la autopista Santiago San Antonio, sector donde esta cruza al canal Tuzana, no existen cierres perimetrales, sólo posee un muro de concreto de alrededor de 30 cm desde el suelo o berma. 2.- Que en el resto del tramo existe un cierre perimetral de troncos y alambres de púas, estando éstos cubiertos por maleza, sin existir señalética en el lugar. 3.- Que no existe iluminación en el sector.

misma carta fundamental, que establece el derecho a todas las personas a perseguir la responsabilidad del estado por haber sido lesionada en sus derechos, esto, debido a que el accidente acaeció en un bien público concesionado, el cual se encontraba con deficiencia en el diseño de su infraestructura.

Señalaron en su demanda que los hechos que provocaron el fatal accidente, se debieron a la conducta negligente de la concesionaria, la que no cumplió su deber de resguardar el correcto y seguro funcionamiento de la autopista. Señalaron que al momento de producirse el accidente, los cierres perimetrales destinados a impedir el ingreso a la pista a peatones y/o animales, no se encontraban correctamente mantenidos, de la misma manera que no se encontraban instaladas barreras de contención en el sector del canal Tuzana, lugar de evidente peligrosidad para los usuarios de la autopista, pues desde la calzada hasta el cauce del canal tiene una altura aproximada de casi 4 metros.

Contestación

En su contestación, el Fisco de Chile niega la existencia de la relación de causalidad que se le imputó, ya que los perjuicios provocados a los demandantes no encontrarían su origen en la falta o insuficiencia de medidas de seguridad implementadas en la autopista, sino en el actuar de un tercero ajeno a la administración del estado, el peatón que cruzó imprudentemente la pista.

Alegó además ausencia de legitimación pasiva, ya que según lo estipulado en la Ley de Concesiones, son las concesionarias las responsables de los daños de cualquier naturaleza que se provoquen a terceros producto de la explotación de las obras.

Por su parte, la concesionaria señaló que no le correspondía responder por los daños provocados en el accidente, debido a que este se produjo por la conducta negligente del

peatón, cuya presencia en la pista provocó que el chofer del automóvil, perdiera el control del mismo.

Señalaron también que se cumplieron con todas las medidas de seguridad estipuladas en el contrato de concesión, pero pese a esto, resultan éstas ineficientes frente al actuar imprudente de un tercero ajeno a la concesionaria que ingresa a la pista en un lugar que no está destinado para ello. Así, manifestaron que de existir un responsable por los daños causados por el accidente, este debe ser el peatón.

Sentencia

En primer lugar, se señaló que el Fisco, producto de su deber legal de servicio, es responsable de los accidentes que se produzcan por el mal estado de las vías públicas o deficiencias en la señalización, tal como lo señala el artículo 174 de la Ley de Tránsito⁷³. En adición a lo anterior, hace mención al artículo 35 de la Ley de Concesiones, en orden a que según él, si bien el Estado ha delegado la prestación de un servicio público a la concesionaria, al importar éste servicio la construcción y explotación de bienes de uso público, mantiene de todas formas una responsabilidad directa por el eventual mal estado e inadecuada señalización que pudiese existir en las vías concesionadas.

Esto concuerda plenamente con lo señalado en este trabajo, ya que la existencia de responsabilidad para la concesionaria, por el correcto y normal funcionamiento de las vías, no excluye que también pueda existir responsabilidad para el Estado. La delegación de potestades públicas que realiza al ceder a una empresa privada la

⁷³ Artículo 174 inc.5: 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. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario.

construcción y explotación de este tipo de obras, no cambia el carácter público que tiene el servicio. Por esto, y según lo indican las reglas generales, debe también responder cuando menos, en una condición de garante de un buen servicio prestado por parte de la concesionaria.

Ahora bien, en la discusión central de la causa, y a la luz de los medios de prueba antes mencionados, el tribunal consideró determinantes las disposiciones establecidas en las Bases de Licitación del contrato de concesión de la obra pública Autopista del Sol, ya que según estas, el concesionario debió proveer de los medios adecuados para velar por la seguridad de los usuarios, y que en especial, debía considerar el peligro que implicaba tanto el eventual ingreso a la vía de peatones y/o animales, como también ausencia de protecciones e instalaciones de señalización en sectores de puentes, ríos, canales y desniveles.

Se hace de esta forma mención a lo que hemos señalado como el concepto de normalidad. Como sabemos, el estándar de normalidad en el funcionamiento de una obra concesionada, debe entenderse conforme a los patrones definidos normativamente para su construcción, conservación y operación. En este caso, considerando las características de la pista, un autopista de alta velocidad (en algunos tramos con límite de velocidad de 120 km/h), y el evidente peligro que podría causar un peatón y/o animal que ingresara y se cruzara a un automóvil, resulta indiscutible que deberían implementarse medidas de mayor seguridad que el alambrado de púas que constituía el cierre de la pista, el que además, debido a no encontrarse debidamente conservado, no fue un obstáculo insalvable para el peatón que se cruzó al automóvil accidentado.

Además de lo anterior, en el sector en que la pista atraviesa el canal, solo existían implementadas unas estructuras tipo pared de cemento cuya altura no superaba los 30

centímetros, protección que resulta a todas luces insuficiente para contener un automóvil o cualquier vehículo que pudiese transitar a una velocidad promedio.

De esta forma se llegó a la conclusión que el hecho ilícito que provocó los daños, consistió en omisiones de deberes de cuidado. Tanto la falta de instalación de medidas apropiadas para impedir el ingreso de peatones a la autopista, como también la inadecuada protección implementada en sector del canal Tuzana, configuran omisiones negligentes, que de no haber existido, podrían haber impedido el fatal accidente.

Es esta omisión negligente lo que la doctrina denomina “causa adecuada”, la que, bajo un curso ordinario de acontecimientos, resulta apropiada para la producción del daño, el que no ocurriría en ausencia de negligencia.

En este caso se configura una responsabilidad subjetiva, que implica una presunción de culpa del concesionario de acuerdo al artículo 2329 del Código Civil, presunción que se infiere a partir de un hecho concreto como es la falta de barreras que impidiesen la entrada del peatón a la pista, y la falta de una adecuada barrera de contención en el área del canal Tuzana.

En cuanto a la demanda interpuesta en contra del Fisco, estableció que este, producto de su deber legal de servicio, es responsable de los accidentes que se produzcan por el mal estado de las vías públicas o deficiencias en la señalización, tal como lo señala el artículo 174 de la Ley de Tránsito⁷⁴. Además, expresa que art. 35 de la Ley de Concesiones señala que, si bien el Estado ha delegado la prestación de un servicio público a la concesionaria, al implicar éste servicio la construcción y explotación de

⁷⁴Artículo 174 inc.5: 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. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario.

bienes de uso público, mantiene de todas formas una responsabilidad directa por el eventual mal estado e inadecuada señalización que pudiese existir en vías concesionadas.

Por último, cabe destacar que el tribunal señaló en su sentencia que el sistema de responsabilidad que se aplica para esta causa, corresponde al de responsabilidad estricta⁷⁵. Esta situación, pese a no resultar trascendental en la decisión de la causa, implicaría contrariar la lógica de las responsabilidades estrictas consagradas en nuestro derecho, en las cuales este tipo de responsabilidad siempre ha sido establecida de manera explícita y sólo para determinados casos.

2ª Instancia

Las partes demandadas interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, el cual fue concedido en ambos efectos, y se encuentra actualmente siendo tramitado en la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

2.5.4 Accidentes en que se ven involucrados animales en la vía.

Un gran número de accidentes ocurridos en las autopistas concesionadas, dice relación con el ingreso de animales a estas vías, los cuales por sus dimensiones y contextura, muchas veces provocan serio perjuicios en los usuarios o terceros. Un caso de este tipo, fue el protagonizado por doña Paola Camposano, quien con fecha 8 de julio del año 2005, conducía su vehículo por la Ruta 5 Sur, cuando de improviso un caballo se cruzó en la pista, impactando violentamente su vehículo, resultando doña Paola con lesiones

⁷⁵ Considerando 37º de la sentencia en estudio.

de diversa consideración y el vehículo destruido en su totalidad. El equino lamentablemente feneció.

Ante los perjuicios tanto materiales como morales a que se vio expuesta producto de este accidente, doña Paola interpuso una demanda ante el 25° Juzgado Civil de Santiago⁷⁶, en contra de la sociedad concesionaria y contra doña Sandra Teresa Araus, dueña del predio colindante y del caballo que ocasionó el accidente, a los que demandó solidariamente por los daños sufridos.

Según señaló, los cierres ubicados al costado del tramo de la carretera en donde se cruzó el caballo se encontraban en mal estado, lo que permitió la salida del animal hacia la pista.

En cuanto a la dueña del caballo, señaló que es también responsable ya que no tomó las medidas pertinentes para evitar su salida hacia la carretera.

De esta forma, la conducta negligente de ambos fue la que dio origen al accidente, situación por la que los demanda solidariamente⁷⁷.

Contestación.

Contesta la demandada la dueña del predio colindante, señalando que el animal en cuestión no es de su propiedad, y además que no era efectivo que hayan existido cierres en mal estado en la parte de la carretera que colinda con su predio. Alega que la Ley de Concesiones responsabiliza a la concesionaria por los daños de cualquier naturaleza que se causen a terceros, con motivo de la explotación de la obra, por lo que no corresponde a ella, sino a la sociedad, responder por los daños que se causaron dentro de la pista.

⁷⁶ 25° Juzgado Civil de Santiago, “Camposano con Sociedad Concesionaria Autopista del Bosque S.A”, Rol: 14324- 2005.

⁷⁷ Funda su solicitud en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, 23 y 35 del Decreto N° 900, Ley de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, y 198 N° 23 de la Ley N° 18.290.

Por su parte, la concesionaria contestó señalando que en la construcción de las carreteras concesionadas, se ciñeron a los programas dispuestos por el Ministerio de Obras Públicas, por lo que no pueden, ni podían haber hecho más de lo que éste señalara.

De esta manera, platearon la tesis de que el accidente fue provocado por fuerza mayor, el hecho dañoso era imposible de prever, aun cuando la concesionaria actuó de forma diligente y responsable frente a las eventuales irregularidades que se pudieran suscitar en la carretera.

En caso de existir alguna responsabilidad por los daños, esta sería del dueño del equino que se cruzó al vehículo de la demandante en la carretera, lo en definitiva eximiría de responsabilidad a la concesionaria por ser el hecho de un tercero el que provocó los daños.

Sentencia

En relación a doña Sandra Teresa Araus, demandada al ser supuestamente dueña del caballo y responsable de los daños que este causara, debido a la negligencia que dio lugar a la huida del animal, finalmente fue desestimada. Esto debido a que no se logró acreditar en el procedimiento el hecho de la demandada fuese efectivamente la dueña del animal. Debemos hacer hincapié en este punto, ya que en general y tal como ocurrió en este caso según se desprende del considerando 14 letra E de la sentencia en estudio⁷⁸, existe una natural dificultad para lograr acreditar en juicio la propiedad de un animal que se suelta y que provoca daños, lo anterior debido a la inexistencia de un sistema de

⁷⁸ Considerando decimocuarto, letra e) Que, de acuerdo a la declaración de los testigos señores Casanueva Acuña, a fojas 118, y Díaz Cares, a fojas 121, han manifestado, dando razón de sus dichos, que la demandada Araus Vallebuona no tiene caballos en su predio. Sin perjuicio de lo anterior, en lo que respecta a la declaración formulada por el primer testigo en comento, de acuerdo a los antecedentes remitidos por la fiscalía mencionada, a fojas 102, señala que el cuidador usacaballos para sus funciones.

registros de estos. Por lo anterior, queda entonces reducida la prueba muchas veces a declaraciones de testigos, las que resultan insuficientes para determinar con certeza la propiedad de dichos animales.

Al igual que otros fallos, fundamenta su decisión en el artículo 35 de la Ley de Concesiones, en cuanto esta señala que será la concesionaria la responsable de los daños causados en la explotación de la obra, cualquiera sea la naturaleza de estos. Añade a lo anterior lo señalado en las bases de licitación, en las que existe una obligación específica de conservación de los cierres perimetrales, con el objeto de impedir el ingreso de peatones y/o animales a la carretera. Se señaló que a la luz de estas normas, debía la concesionaria proveer de todos los medios que fueran necesarios para garantizar la seguridad de los usuarios, debiendo haber prevenido el peligro que significa para estos el ingreso de un caballo a la pista.

La inexistencia de un cierre perimetral adecuado, no se puede calificar como un caso fortuito o de fuerza mayor. Es en esta situación donde se configura entonces el hecho ilícito.

La Ley de Concesiones establece un estándar general de normalidad que debe traducirse en la existencia de una obligación de cuidado para la concesionaria, en cuanto a mantener las obras, sus accesos, servicios y señalizaciones en condiciones normales de utilización. Además de esto, un estándar de normalidad exige condiciones que logren impedir la ocurrencia de situaciones que originen peligrosidad a los usuarios.

2ª Instancia.

La sociedad concesionaria demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, la que en definitiva fue confirmada por la Novena Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

CONCLUSIONES

1.- El sistema de concesiones viales que se ha implementado en nuestro país en las últimas décadas, si bien ha significado un importante desarrollo en la conectividad de éste, gracias a sus “buenas instalaciones”, presenta en el ámbito de su normativa, algunos vacíos o pasajes poco claros.

2.- Uno de los aspectos más conflictivos en esta materia, dice relación con el tipo de responsabilidad que les cabe a estas sociedades concesionarias frente a accidentes que le ocurran a usuarios o terceros dentro de su infraestructura.

3.- Este grado de incertidumbre, no solo ha afectado a dichos usuarios o terceros en cuanto a cómo y contra quien dirigir las acciones encaminadas a obtener una sentencia reparatoria, sino que también afecta a las sociedades y al Estado mismo al no tener estos certeza en cuanto al tipo de responsabilidad que les cabe por los perjuicios ocasionados dentro de las vías concesionadas.

4.- Del estudio realizado en la materia, además de la revisión de un grupo de sentencias dictadas por nuestros tribunales, hemos llegado a conclusiones generales en cuanto al tipo y características de la responsabilidad que existe en estos casos, además de determinar quiénes serían los sujetos pasivos. Por otro lado, llegamos también a conclusiones particulares en relación a los casos más específicos y de mayor ocurrencia en dichas vías.

5.- El sistema de concesiones necesariamente involucra la prestación de un servicio de naturaleza pública, el cual consiste en permitir el desplazamiento de las personas por las vías y carreteras del país.

6.- Este servicio resulta ser análogo a las actividades desarrolladas por la sociedad concesionaria, en virtud del contrato de concesión, durante la fase de ejecución o explotación de la obra concesionada.

7.- En virtud del contrato de concesión, se está entregando o cediendo a un privado la administración de la prestación de un servicio público, lo anterior implica que esta entidad particular adquiere una serie de derechos y obligaciones, entre los que se encuentra ser responsable por la ocurrencia de daños.

8.-El carácter público del servicio, implica que el Estado conserve una cuota de responsabilidad por los daños a terceros derivados de la negligencia o falta del debido cuidado en la gestión administrativa de la concesión (ya sea de manera subsidiaria o solidaria).

9.- Entendemos esto así, debido a la trascendencia de la función cedida, la cual es fundamental para el logro del fin último del Estado, el bien común. En toda sociedad existe la necesidad de que los daños causados injustamente deben ser reparados, a menos que medien causales eximentes de responsabilidad.

10.- En cuanto a las características generales de la responsabilidad que nace de este tipo de accidentes, concluimos que el concesionario será responsable de los daños causados en caso de haber faltado a su deber general de cuidado en el desarrollo de la concesión.

11.- No obstante lo anterior, la naturaleza del servicio prestado, implica que los deberes de cuidado resultan análogos a los que determinarían una falta de servicio para el estado administrador. De esta forma, su culpa o negligencia se determinará según estándares similares a los que existen para la falta de servicio.

12.- Se conforma entonces una responsabilidad subjetiva, ya que, pese a lo que han señalado algunas sentencias, existe la necesidad por parte de la víctima, de acreditar la negligencia del ente que tiene a su cargo la concesión, así como el nexo causal entre esta negligencia y el daño efectivamente causado.

13.- Los fallos judiciales que se han inclinado por la responsabilidad objetiva lo han hecho fundándose en una interpretación literal del artículo 35 de la Ley de Concesiones, estimando que la expresión “daños de cualquier naturaleza” indica la intención legislativa de consagrar un régimen de responsabilidad estricta.

14.- No compartimos lo anterior. Esta frase, se refiere al perjuicio indemnizable, no a las condiciones necesarias para comprometer la responsabilidad del concesionario.

15.- En este mismo sentido, la Corte Suprema ha manifestado que esta regla solo tiene por objeto identificar al sujeto pasivo de la obligación reparatoria, sin prejuzgar, sobre el régimen de responsabilidad aplicable.⁷⁹

16.- Estimar que un régimen de responsabilidad estricta proviene de esta frase, implica considerar una derogación de las categorías generales de la responsabilidad civil, yendo en contra la lógica de las responsabilidades estrictas, las que el legislador instituye en términos explícitos y específicos, excluyendo taxativamente ciertas causales de exoneración, o restringiéndolas a hipótesis como caso fortuito o fuerza mayor.

17.- La culpa que supone un incumplimiento de deberes de cuidado puede inferirse a partir de un hecho externo, como es el mal estado del camino.

18.- Por lo general el estado del camino es el único hecho que la víctima está en condiciones de conocer. Así, las deficiencias que se detecten en la concepción o en la

⁷⁹Corte Suprema, 28 de enero de 2010, Canales Valenzuela y otro con Ruta 5 tramo Talca Chillan S.A. y otro, Rol N° 6919-2008.

conservación del camino, por ejemplo en su cerramiento, conducen a presumir la culpa del concesionario.

19.- La culpa presunta del concesionario es equivalente a la falta de servicio, que también se presume a partir del mal estado de las vías públicas por defectos de señalización, conforme a la regla de responsabilidad pública prevista en la ley de tránsito.

20.- Por otro lado, estimamos que el régimen de responsabilidad a aplicarse en estos casos, es extracontractual, esto porque no tiene ocurrencia dentro de un ámbito generado por el acuerdo de voluntades entre la concesionaria y los usuarios de la autopista.

21.- La relación contractual que existe es entre la concesionaria y el Estado, en virtud del cual el Estado le cede la construcción de una obra y la prestación de un servicio público al privado, otorgándole por ello, el derecho a percibir el peaje, el cual tiene carácter de tributo.

22.- Es por la naturaleza de esta prestación, que en definitiva se debe asimilar la negligencia del ente privado con lo que entendemos como falta de servicio.

23.- En cuanto a atribuir responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en las carreteras concesionadas, los tribunales nacionales han fallado de forma divergente. Algunas de sus sentencias han considerado que el Estado conserva responsabilidad por tratarse de un servicio público, en un bien nacional de uso público. En este sentido estimamos que la naturaleza de servicio público implica que el Estado necesariamente debe conservar una cuota de responsabilidad por los daños, en caso de que no se cumpla con un estándar de cuidado de parte de la sociedad concesionaria.

24.- Los párrafos anteriores, según indicábamos en el inicio de nuestra conclusión, están enfocados a señalar las características de la responsabilidad que tienen las sociedades concesionarias de manera general. Ahora bien, en vista de la constante ocurrencia de accidentes debido a ciertos tipos de incidencias, es que creemos conveniente aclarar el régimen de responsabilidad aplicable a cada uno de ellos.

25.- Al realizar el estudio de la materia, observamos que un tipo de accidente que es de gran ocurrencia, no solo en autopistas o carreteras concesionadas, sino que en todas las vías del país, es aquel en la cual interviene un tercero ajeno a la concesionaria. Caso típico lo constituye el apedreamiento de vehículos, ya sea desde sitios colindantes a la vía, como el lanzamiento realizados desde pasarelas.

26.- Este tipo de eventos, dada la connotación penal que pueden tener -muchas veces incluso la muerte-, ha sido tipificada por el legislador, incluso con prescindencia si de dicha acción se generan o no daños.⁸⁰

27.- El problema nuevamente en estos tipos de casos, está dado por la dificultad en ubicar al actor de los hechos, y que incluso de ubicarse, es muy probable que no tenga un patrimonio suficiente para reparar el daño provocado.

28.- Aun cuando podría el concesionario llevar a cabo algunas acciones con el fin de disminuir el número de dichos eventos delictuales, estos son muy difíciles de prever ya que dependen exclusivamente de la voluntad de un tercero, por lo que la única forma de evitar la ocurrencia de ellos, sería implementar cierres a lo largo de toda la vía a modo de túnel, lo que sería excesivamente oneroso.

⁸⁰ El Código Penal establece: “Artículo 196 H.- El que atentare contra un vehículo en motorizado en circulación, apedreándolo o arrojándole otros objetos contundentes o inflamables o por cualquier otro medio semejante, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Si a consecuencias del atentado se causare la muerte o se lesionare a alguna persona, se aplicarán las penas señaladas al delito de que se trate, aumentadas en un grado. Si solo se produjeren daños en las cosas, se aplicará la pena del inciso primero, aumentada en un grado”

29.- Otro tipo de accidente de alto grado de ocurrencia, es el provocado por encontrarse obstáculos en la vía, como fierros, troncos, etc. Provenientes en gran medida de vehículos que circulan con su carga mal estibada.

30.- Estos tipos de casos, no solo resultan complicados para el concesionario por el hecho de ser eventos muy difícil de preveer -dado lo sorpresivo que incluso resulta para el conductor del vehículo el desprendimiento de parte de su carga-, sino que también, está el hecho de que existen lugares y horarios en los cuales circulan por el mismo sitio de la autopista una cantidad de vehículos por segundo.

31.-Lo anterior, hace que no solo sea imprevisible el desestibamiento de algún objeto que pueda constituir un obstáculo, sino que también la imposibilidad de acudir con la prontitud necesaria, algún vehículo de emergencia de la concesionaria con el fin de retirar dicho elemento.

32.- Para estar en condiciones de actuar, se requiere disponer de un tiempo razonable, que varía en función de la periodicidad exigible de los contratos de vigilancia. En virtud del artículo 2329 del Código Civil, corresponde al concesionario demostrar que vigilo las condiciones del camino de acuerdo con un estándar de cuidado exigido por el contrato.

33.- Debemos considerar que las autopistas concesionadas colindan con una gran cantidad de predios en que se crían animales. La presencia de estos en la vía es fuente también de gran cantidad de accidentes.

34.- En estos tipos de casos, la responsabilidad del concesionario concurre con la del propietario del animal y del terreno aledaño. El concesionario responde según sean los estándares de la infraestructura que le fue encargada, esto, sin perjuicio de tener además

deberes especiales de vigilancia definidos por el contrato y por las regulaciones vigentes.

35.- Si bien es cierto -tal como lo hemos señalado a lo largo de este trabajo-, la regulación en materia de responsabilidad por estos tipos de casos no es del todo clara, “la circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado respecto de cierta actividad no significa que esa regulación sea exhaustiva.

36.-La diligencia no se agota cumpliendo rigurosamente los preceptos legales, de modo que el juez está facultado para determinar deberes de cuidado no previstos por el legislador.”⁸¹

37.- Por lo anterior, en ausencia de reglamentación positiva de los deberes de cuidado del agente, toca al juez determinarlos, atendiendo a las circunstancias del caso, recurriendo a la costumbre o a criterios prudenciales de diligencia y cuidado y especialmente a la función típica que cumple el agente al momento del daño.

⁸¹ BARROS Bourie, Op. Cit., pág. 101.

BIBLIOGRAFÍA.

BARROS Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.

DIEZ SCHWERTER, José Luis (2008): "Reparación y Prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: Panorama normativo y jurisprudencial" en *Estudios de Derecho Civil, jornadas nacionales de Derecho Civil, III, 2007*, (Valparaíso, 2007, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Editorial Legal Publishing) pp. 817-844.

HENRI Y LEÓN Mazeaud y ANDRÉ Tunc, "Tratado Teórico y práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

KLENNER, Arturo (2007): *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, Aremi).

PIERRY ARRAU, Pedro (2000): "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de Servicio", *Revista de Derecho*, volumen I (Santiago, Consejo de Defensa del Estado).

RABAT CELIS, Fernando José (2007): "Responsabilidad civil de las Sociedades Concesionarias de Obras Públicas Fiscales respecto del usuario de las mismas", en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheiling, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 279-298. [[Links](#)]

ROMÁN CORDERO, Cristian (2007): "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".

ROMÁN C. Cristian. (2009) "Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: "¿paga Moya?"", en "Responsabilidad extracontractual del Estado", Editorial Metropolitana, Santiago, 2009, p. 255-280

RUFÍAN L. Dolores, "Manual de Concesiones de Obra Públicas", Editorial Fondo de Cultura Económica, año 1999, pp. 140-220.

SOTO KLOSS, Eduardo (2001): "Responsabilidad municipal por ausencia de señalización en la vía pública (Comentario a sentencia de la Corte Suprema de 13 de septiembre de 1999)", *Ius Publicum 6* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 187-210.

VIÑUELA HOJAS, Mauricio (2003): "La concesión de obras públicas en Chile: ¿Privatización de la responsabilidad del Estado en la empresa concesionaria?" *Cuadernos de Extensión Jurídica 7* (Santiago, Universidad de los Andes) pp. 109-135

VIÑUELA HOJAS, Mauricio (2001): "La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigentes en Chile", *Ius Publicum 7* (Santiago, Universidad San Tomás)

