

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
Y DE SU CONCESIONARIO VIAL,
FRENTE AL USUARIO LESIONADO

CRISTIAN ROMÁN CORDERO *

SUMARIO. Introducción. **Primera Parte.** Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, frente al usuario lesionado. A. Teorías sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. B. Posiciones inaceptables sobre la responsabilidad de la Administración del Estado, frente al usuario lesionado. 1. Responsabilidad general del Estado. 2. Irresponsabilidad general del Estado. C. Casos en los que a nuestro juicio cabe responsabilidad de la Administración del Estado, frente al usuario lesionado. 1. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por inactividad en el ejercicio de sus atribuciones de inspección y vigilancia. 2. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por deficiente diseño de la carretera. **Segunda Parte.** Responsabilidad del concesionario vial frente al usuario lesionado. Conclusiones.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho[©] por la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El autor agradece de antemano cualquier comentario al siguiente E-mail: croman@derecho.uchile.cl

INTRODUCCIÓN

Llueven piedras sobre las carreteras concesionadas. Arrojadadas por niños, por personas mentalmente enajenadas e incluso por energúmenos¹, se han convertido en un permanente riesgo para sus usuarios y en un verdadero dolor de cabeza para sus encargados de seguridad. Lamentablemente, no constituyen el único riesgo al cual se exponen los usuarios de dichas carreteras. Sólo a modo de ejemplo recordemos el pintoresco caso de animales de gran tamaño que se introducen a la ruta, v.gr., vacas y caballos, y de personas que a pesar de disponer de pasarelas peatonales, cruzan intempestivamente la vía², y aquellos casos en los que defectos de diseño y construcción de las carreteras, las hacen intrínsecamente riesgosas para sus usuarios, v.gr., las débiles barreras de contención, incapaces de redireccionar un móvil y reincorporarlo a la vía, por lo que en la práctica constituyen simples elementos decorativos³, o la elevación sobre la berma de las bases de pasarelas peatonales, sin disponer de un mecanismo que impida que un móvil que por cualquier motivo ha perdido la dirección en la ruta, colisione frontalmente con ellas⁴.

1. Recuérdese el lamentable accidente sufrido por la Sra. Gladys Valck, la cual al transitar en su vehículo por una carretera concesionada recibió el impacto de una roca arrojada desde una pasarela peatonal por una persona desquiciada, sufriendo irreparables daños neurológicos, y recientemente, el caso sucedido en las cercanías de San Fernando, en el que una persona, en una conducta simplemente criminal, arrojó una piedra de gran peso desde la berma directamente en contra del parabrisas de una camioneta, deformando gravemente el rostro de la joven copiloto.
2. Sobre esta situación, es preciso señalar que en algunas carreteras concesionadas, personas que habitualmente cruzan la vía han colocado unas escaleras de madera de dos hojas, incluso con baranda, sobre la mediana, para facilitar su cruce. ¿Existirá algo parecido en una *autobahn* germana?
3. Recuérdese los casos de caídas de buses interprovinciales desde los puentes Maipo y Tinguiririca, el primero acontecido en diciembre de 2005, por el cual ya se ha presentado una demanda en contra del Estado y la concesionaria por más de \$1.200 millones, y el segundo, ocurrido en mayo de 2006, en el cual murieron veintisiete personas.
4. A mediados del año 2005, en la salida norte de San Fernando, un bus impactó frontalmente la base de una pasarela peatonal, muriendo varias personas.

Antes, cuando estas obras eran explotadas directamente por el Estado, estos daños por lo general eran asumidos por las víctimas como una mala fortuna y, excepcionalmente, exigían su responsabilidad. Distinta es la situación hoy en día, ya que el usuario de la carretera al pagar un peaje —cada vez más oneroso, por cierto— siente que tiene derecho a exigir un servicio seguro y de calidad, y si sufre un perjuicio, por regla general exigirá judicialmente su reparación, ya sea del concesionario o del Estado. Y en este sentido se ha planteado que “el estatismo lleva a la resignación colectiva; el sistema privado estimula el reclamo. Y esto es muy bueno, porque el usuario comienza a hacer valer sus derechos”⁵.

Dado el crecimiento exponencial de estos casos en el último tiempo, así como la ausencia de una regulación específica, en el presente trabajo pretendemos determinar en qué casos y conforme a qué sistema ha de responder frente al usuario lesionado, la Administración del Estado —Primera Parte— y el particular concesionario —Segunda Parte—.

I PARTE

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO FRENTE AL USUARIO LESIONADO

A. Teorías sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile

En nuestro país se han elaborado al menos tres tesis que han tratado de explicar la relación existente entre los artículos 38 inciso 2 de la CPR y el artículo 42 de la LOCBGAE, y a su vez el carácter del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración vigente en Chile.

5. Hardoy, Emilio y Laura, Guillermo, *Definición de un sistema jurídico institucional para la ejecución, mantenimiento y administración de obras viales*, Vol. I, Buenos Aires, p. 26.

1. Para algunos autores la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad constitucional, por lo que corresponde exclusiva y excluyentemente a la Constitución establecerla, lo cual efectuaría su artículo 38 inciso 2 al prescribir que "Cualquier persona *lesionada* por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales establecidos por la ley", disposición que, sostienen, optaría por un sistema objetivo, tal como acontece en España, y que, en consecuencia, se comprometería con la sola ocurrencia de una *lesión*, daño antijurídico o daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar, relacionada causalmente a una actuación, normal o anormal, de la Administración.

2. Otros autores sostienen que el artículo 38 inciso 2 de la CPR tan sólo otorga competencia a los tribunales ordinarios para conocer de la acción de responsabilidad del Estado, mas no optaría por un sistema de responsabilidad y menos por uno de corte objetivo. El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, sostienen, debe ser establecido por la ley, según se desprende de los incisos finales de los artículos 6 y 7 de la CPR, lo que, en efecto, realizaría el artículo 42 de la LOCBGAE al prescribir que los órganos de la Administración del Estado responden por falta de servicio.

3. Nosotros estimamos que el artículo 38 inciso 2 de la CPR no opta por un sistema de responsabilidad de la Administración y menos aún por uno de carácter objetivo, sino que establece una *garantía institucional*, esto es un mínimo indisponible por el legislador, llamado por la propia Constitución a modelar el sistema. Dicha garantía exige que, para comprometer esa responsabilidad, al menos se verifique una lesión, una actuación administrativa y la relación de causalidad, que la lesión esté referida a derechos o intereses jurídicos, siempre que estos últimos sean ciertos y legítimos, que esta responsabilidad siempre sea directa, y finalmente, establece que cualquier actuación es potencialmente apta para comprometerla, por lo que el legislador no puede concederle a la Administración del Estado *a priori* márgenes o parcelas de irresponsabilidad, tal como establece el artículo 14 de la Ley de Firma Electrónica, disposición que a la luz de lo expresado estimamos inconstitucional.

Corresponde, en consecuencia, al legislador, con pleno respeto de lo garantizado institucionalmente por el artículo 38 inciso 2, establecer el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como lo hace el artículo 42 de la LOCBGAE para la generalidad de los organismos que la integran, al exigir la ocurrencia de falta de servicio.

B. Posiciones inaceptables sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, frente al usuario lesionado

Existen a nuestro ver algunas soluciones planteadas por la doctrina y jurisprudencia extranjeras sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, frente al usuario lesionado, que son simplemente inaceptables, cuales son las siguientes:

1. **Responsabilidad general del Estado.** Algunos sostienen que el Estado debe ser siempre responsable de los daños que sufra el usuario de una carretera concesionada, en tanto *garante* del servicio prestado por el concesionario —al menos así se puede calificar la concesión de obra pública desde la fase de explotación— y en tanto titular del dominio público al cual pertenecen las carreteras a pesar de encontrarse concesionadas. Nosotros discrepamos de esta posición, ya que ello importa transformar al Estado en una especie de asegurador del usuario y, peor aún, del concesionario; genera una distribución perversa de la riqueza; no incentiva un comportamiento adecuado y prevenido por parte de la Administración del Estado que evite la ocurrencia del daño, fin último de todo sistema de responsabilidad; y finalmente, nos coloca en una suerte de paradoja, ya que conforme a esta tesis el Estado subsidiario sería más responsable que el Estado de bienestar, en circunstancias que lo lógico sería que fuera al revés.

2. **Irresponsabilidad general del Estado.** Conforme al artículo 35 del DS 900 del Ministerio de Obras Públicas, Ley General 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 sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato. Algunos han sugerido que

esta disposición prescribe una irresponsabilidad general del Estado frente al usuario lesionado, interpretación que a nuestro juicio debe ser descartada por inconstitucional, ya que le concede un margen o parcela de irresponsabilidad a la Administración, en circunstancias que conforme a la garantía institucional establecida en el artículo 38 inciso 2, cualquier actuación es potencialmente apta para comprometer su responsabilidad, incluida la inactividad.

C. Casos en los que a nuestro juicio cabe responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, frente al usuario lesionado

1. **Responsabilidad de la Administración del Estado por inactividad en el ejercicio de sus atribuciones de inspección y vigilancia.** Conforme a lo dispuesto en el Capítulo VIII de la Ley General de Concesiones, intitulado "De la inspección y vigilancia de la Administración", corresponde al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra.

Es menester, en consecuencia, determinar cuándo se verifica la inactividad administrativa en el ejercicio de dichas facultades, lo cual sucede en nuestra opinión en la medida que se infrinja un deber de actuación dispuesto por el ordenamiento jurídico, pero fijado por el juez para cada caso, y siempre que resulte materialmente posible⁶.

a. *Infracción del deber de actuación.* En la especie es indudable que la Administración tiene el deber de inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 29 de la Ley General de Concesiones. No obstante ello, tal como puede apreciarse, el deber de actuación está establecido en términos excesivamente genéricos, por lo que corresponde al juez fijar el estándar de actuación debido para cada caso, para lo cual deberá considerar múltiples aspectos y circunstancias, v.gr., la previsibilidad

6. Cfr. Román Cordero, Cristian, *Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado*, RDP N° 67, pp. 402 y ss.

del daño, la denuncia del riesgo hecha por particulares, el tiempo durante el cual estuvo latente el riesgo, etcétera. Así por ejemplo, en determinados tramos de carreteras concesionadas con mayor habitualidad son lanzadas piedras a la vía, por lo que el ejercicio de sus facultades de policía por la Administración respecto de las obligaciones asumidas por el concesionario, v.gr., cercar las pasarelas, en dichos tramos, debe ser más intenso que en aquellos que cruzan sectores despoblados y, por tanto, en los cuales dichos atentados no suelen ocurrir.

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

b. *Deber de actuación materialmente posible.* Finalmente, para que exista inactividad administrativa, es necesario que la actuación exigida sea materialmente posible, ya que si ello no es así no puede verificarse una inactividad administrativa ni menos comprometer la responsabilidad estatal, ya que nadie, ni siquiera la Administración, está obligado a lo imposible. Así por ejemplo, no podría exigírsele, por ser imposible, que fiscalice el retiro de una pequeña piedra en una carretera de cientos de kilómetros, la que al pasar un vehículo salta e impacta contra el parabrisas provocándole graves lesiones a su conductor —Cfr. *Parraguez contra Fisco de Chile*—.

Es importante destacar que, ya sea que se entienda al sistema de responsabilidad de la Administración como objetivo —fundado en la lesión— o subjetivo —fundado en la falta de servicio—, la inactividad administrativa siempre importa la infracción del estándar de actuación debido fijado por el juez, y esto es particularmente interesante en un sistema objetivo, ya que lo *subjetiviza*, tendencia que ha sido acogida por la jurisprudencia española y que ha permitido a algunos autores hablar derechamente de *falta de servicio en España*.

2. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por deficiente diseño de la carretera

El diseño de la carretera corresponde al Ministerio de Obras Públicas. Por ello si un usuario ha sufrido un daño a consecuencia de

un deficiente diseño que importe una falta de servicio, compromete de manera directa la responsabilidad del Estado, verificándose así lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley General de Concesiones. En todo caso, lo complejo será determinar el correcto parámetro a efecto de determinar la existencia o no de un deficiente diseño, que sea reprochable y que importe falta de servicio. Si tomamos un parámetro objetivo, con los mejores estándares de seguridad y a partir de fondos ilimitados, tal como acontece con una *autobahn* germana, lo más probable es que todas nuestras carreteras presenten diseños deficientes. En cambio, si tomamos un parámetro subjetivo, que considere las limitaciones presupuestarias que afectan al Estado chileno y su concesionario vial, los cuales no son más que un Estado y un concesionario del tercer mundo, los resultados de ese juicio serán muy distintos. Así, por ejemplo, si una carretera cruza una decena de quebradas, el Estado se encontrará en la disyuntiva de colocar cañerías de concreto a fin de permitir el desagüe de ellas —parámetro subjetivo— o construir puentes que las crucen —parámetro objetivo—, claro que con la primera alternativa, a pesar de los escasos recursos que dispone, podrá construirla, comunicando así a pueblos aislados, mas con la segunda alternativa, los fondos alcanzarán sólo para construir un puente, mas no la carretera, condenando a esos pueblos y a sus habitantes al más completo abandono —*Cfr. Yungue y otros contra Fisco de Chile*—.

II PARTE

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CONCESIONARIO VIAL FRENTE AL USUARIO LESIONADO

Ahora es necesario determinar conforme a qué sistema ha de responder el concesionario frente al usuario lesionado. Al respecto la doctrina y jurisprudencia extranjera han oscilado entre la responsabilidad contractual y extracontractual, dependiendo de la naturaleza jurídica que se le otorgue al peaje: precio o tributo. Sin entrar en esta dis-

cusión, es importante destacar que una reciente doctrina argentina sostiene que la relación existente entre el concesionario y el usuario, corresponde a una relación de consumo y, por tanto, regida por la Ley del Consumidor, Ley N° 24.240, la cual en su artículo 5 consagra el derecho de seguridad que le asiste al consumidor o usuario, y que en el caso que estudiamos, sostienen, se traduce en que el concesionario ha de responder siempre por el daño que sufra el usuario que ha utilizado normalmente la vía, salvo que el daño se deba a un caso fortuito, a una actuación imprudente de la propia víctima o a un hecho de un tercero. Si bien no adherimos a esta tendencia, en tanto no incentiva un comportamiento correcto y prevenido por parte del concesionario que permita evitar la ocurrencia de daños, fin último de la responsabilidad, es importante destacar dos interesantes ideas. En primer lugar, esta tesis está inspirada en una lógica garantista, ya que sustrae al usuario del sistema de la responsabilidad contractual y extracontractual, los cuales significan para éste una menor garantía que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, bajo cuyo amparo habría quedado de no haber mediado la técnica concesional. Y en segundo lugar, las garantías de las cuales goza el usuario en Argentina, que hoy tienen rango constitucional —artículo 42—, son oponibles tanto a los órganos del Estado como a entidades privadas. O sea, los derechos garantizados por la Constitución ya no se entienden como un límite al ejercicio de la soberanía, y en esa medida oponibles sólo a los órganos del Estado, sino también a los particulares, verificando de esa manera una suerte de irradiación no sólo vertical de los derechos de los usuarios, sino también horizontal, lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha llamado *Drittwirkung der grundrechte*, todo lo cual ha producido, quíerese o no, una suerte de unificación de los sistemas de responsabilidad público y privado.

En el caso chileno, estimamos que el mencionado artículo 35 de la Ley General de Concesiones no establece un sistema de responsabilidad objetivo del concesionario frente al usuario sino que tan sólo señala que éste queda afecto al principio de responsabilidad. Siendo responsable, en nuestra opinión, en los mismos términos que lo habría hecho la Administración del Estado, esto es, responde por falta de servicio en la reparación o conservación de la ruta, por las siguientes razones que pasamos a exponer:

1. *Inmutabilidad de la garantía.* Siendo la responsabilidad estatal estructurada en base a la falta de servicio una suerte de garantía de los administrados, no vemos razones por las cuales la transferencia de la explotación de la obra a un particular pueda importar una disminución de esa garantía, lo cual acontecería si el concesionario respondiera sólo en base a un sistema de responsabilidad contractual o civil extracontractual.

2. *Servicio público-funcional.* Si bien la concesión de obra pública no es un servicio público, en su fase de explotación, según han planteado algunos autores, importa la prestación modalizada de un servicio público, y en tanto tal, cabría aplicarle el sistema de responsabilidad propio de estos servicios, cual es la falta de servicio, a pesar de que orgánicamente el concesionario no integre la Administración del Estado.

3. *Igualdad de los usuarios.* Si el sistema de responsabilidad del concesionario frente al usuario, fuera distinto al sistema conforme al cual habría respondido la Administración, se establecería la existencia de dos clases de usuarios: aquellos que ingresan a carreteras concesionadas y aquellos que lo hacen a carreteras fiscales, unos con mayor y otros con menor garantía, o si se quiere, ciudadanos de primera y de segunda; desigualdad constitucionalmente inaceptable.

4. *Unificación del Derecho de Daños.* Finalmente muchos autores han sostenido que en materia de Derechos de Daños, el fenómeno resarcitorio ya no se debe centrar en el victimario y la culpa, sino en la víctima y en el daño. Si el daño es el mismo, el sistema de responsabilidad debe ser el mismo. ¿Por qué ha de ser distinto el régimen de responsabilidad frente a un mismo daño causado en una clínica privada y en un hospital público? ¿Por qué ha de ser distinto el régimen de responsabilidad frente a un mismo daño sufrido en una carretera fiscal y una concesionada?

CONCLUSIÓN

En síntesis, el Estado es responsable del daño sufrido por el usuario de la carretera concesionada sólo en la medida que incurra en falta de servicio por inactividad en el ejercicio de sus atribuciones de inspec-

ción y vigilancia respecto de las obligaciones del concesionario y cuyo ejercicio diligente y oportuno habría evitado la ocurrencia del perjuicio, incluso si el sistema general de responsabilidad estatal es entendido como objetivo, y cuando el daño sufrido por el usuario se deba a un deficiente diseño del corredor vial y tal deficiencia importe una falta de servicio. Por su parte, el concesionario debe responder del mismo modo que lo habría hecho la Administración, esto es, por falta de servicio en la reparación y conservación de la vía, por un criterio funcional y garantista.