

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

Cristián A. ROMÁN CORDERO*

Tiene también que restituir quien no impide el hurto siendo su deber impedirlo, como los gobernantes, que están obligados a custodiar la justicia y, si por su descuido se multiplican los ladrones han de restituir; porque las asignaciones que reciben son como estipendios instituidos para que mantengan la justicia en la tierra.**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera parte. Visión panorámica de la discusión doctrinaria sobre responsabilidad patrimonial de la administración del Estado*. III. *Segunda parte. Inactividad administrativa*. IV. *Tercera parte. Inactividad administrativa y la subjetivización del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado*. V. *Cuarta parte. Inactividad administrativa y la objetivización del sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado*. VI. *Quinta parte. Responsabilidad de la administración del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia*. VII. *Conclusiones*.

* El autor agradece cualquier comentario al e-mail: croman@derecho.uchile.cl.

** Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2-2, q. 62, a. 7, en el Tratado de la Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

En Chile las carreteras concesionadas se extienden por miles de kilómetros. Si bien ellas presentan, por lo general, buenos estándares de calidad y seguridad, no es menos cierto que con mayor habitualidad de la esperada, sus usuarios han sufrido daños, por causas simplemente burdas e inauditas: animales o personas que se cruzan por la ruta al no existir cercos laterales, piedras arrojadas desde pasarelas peatonales al no estar enrejadas, etcétera.

Ilustremos esta problemática a través de un caso ocurrido hace un par de años, que conmocionó a la opinión pública de nuestro país: desde una pasarela peatonal una persona con sus facultades mentales perturbadas arrojó una roca de cuatro kilos de peso a un automóvil que circulaba por una carretera concesionada, impactando de lleno sobre el cráneo de una joven mujer, que viajaba en el asiento del copiloto, la cual, si bien no murió, quedó con graves alteraciones neurológicas.

Conforme a la Bases de la Licitación, dicha pasarela debía estar enrejada, para que, y así lo señalaban expresamente dichas Bases, terceros no arrojaran desde ella elementos que pudieran poner en riesgo la seguridad de los usuarios de la autopista. Dejando a un lado la eventual responsabilidad de la empresa concesionaria, cabe preguntarse si la falta de inspección y vigilancia por parte de la administración del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa concesionaria, lo cual resulta evidente en el caso propuesto, constituye un título de imputación para comprometer su responsabilidad.

A la resolución de esta cuestión nos avocaremos en el presente estudio.

Antes, cabe hacer presente al lector que en Chile la discusión doctrinaria sobre la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado se ha centrado durante los últimos veinte años en determinar el carácter general del sistema: si es objetivo o subjetivo. Sólo recientemente algunos autores así como alguna jurisprudencia han ingresado al siguiente estadio en el estudio de este instituto, cual es, determinar el contenido preciso de cada uno de sus presupuestos.¹

¹ Cfr. Román Cordero, Cristián, “La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 66, 2004, pp. 405 y ss.

Nosotros, en esa senda, y para los efectos de resolver el problema planteado, entraremos a estudiar una de las hipótesis en las que se verifica la actuación administrativa, uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, cual es la inactividad, específicamente la inactividad en el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia en el contexto de un contrato de concesión de obra pública.

Desde ya, reconocemos que algunas materias estrechamente ligadas a la cuestión principal no serán abordadas en este trabajo. De partida no trataremos el sistema de responsabilidad conforme al cual ha de responder el concesionario de carretera frente al usuario lesionado, pues ese solo tema, considerando las diversas teorías que tratan de resolver esta cuestión, amerita un estudio monográfico. Sólo diremos que en nuestra opinión ese concesionario debe responder en los mismos términos que lo hubiese hecho la administración concedente, ya que la técnica concesional no puede importar una disminución de la garantía que importa al usuario el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración.²

En segundo lugar, no desarrollaremos el tema relativo a la responsabilidad del Estado por el diseño negligente de la obra, ya que no constituye una hipótesis de inactividad administrativa propiamente dicha. Sólo diremos que a nuestro juicio si el diseño es errado y de él se han derivado daños al usuario de carretera y ello importa una falta de servicio, cabe responsabilidad directa para la administración incluso si dicha carretera es concesionada.

Por otra parte, tampoco abordaremos el interesante tema de la concausalidad entre la administración y el concesionario en la ocurrencia del daño al usuario, por exceder las pretensiones de este estudio. Diremos solamente que en nuestra opinión, al no existir en Chile norma precisa que resuelva este asunto, así como tampoco una que resuelva la concausalidad entre dos organismos administrativos con personalidad jurídica distinta, estimamos que es aplicable, supletoriamente, la norma establecida en el artículo 2317 del Código Civil, a propósito de la coautoría en la responsabilidad civil extracontractual, que establece una solidaridad pa-

2 Viñuela Hojas, Mauricio, "La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigente en Chile", *Revista Ius Publicum*, Chile, núm. 7, 2001, p. 53.

siva legal, por constituir, ésta, la solución más acorde con el principio *in-dubio pro administrado*.³

Para alcanzar el cometido trazado, el presente trabajo estará dividido en cinco partes. En la primera de ellas repasaremos las tesis doctrinarias en Chile en cuanto a los caracteres generales del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado: la tesis objetiva y subjetiva. Luego, en la segunda parte, esbozaremos un concepto de omisión, inactividad o actividad negativa. Posteriormente, en la tercera parte, estudiaremos la inserción de la inactividad en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado. A continuación, en la cuarta parte, estudiaremos la inserción de la inactividad en un sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado. Y finalmente, en la quinta parte, estudiaremos de qué manera la administración puede comprometer su responsabilidad por inactividad en el ejercicio de inspección y vigilancia, por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada.

II. PRIMERA PARTE. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

En esta primera parte daremos un breve vistazo a la actual discusión doctrinaria sobre los caracteres generales de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, exponiendo la tesis objetiva y subjetiva, para luego exponer nuestra visión al respecto.

1. *Tesis objetiva*

Para algunos autores⁴ la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado en Chile es objetiva, esto es, la administración compro-

³ Román Cordero, Cristian, “Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado”, *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 509 y ss.

⁴ Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 309 y 310; Caldera Delgado, Hugo, *Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 205-207; Fiamma Olivares, Gustavo, “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, *Revista Chile-*

mete su responsabilidad toda vez que un particular sufre una lesión, daño respecto del cual no se encuentra en el deber jurídico de soportar, relacionada causalmente a una actuación, normal o anormal, de la administración.

Quienes adhieren a esta tesis plantean, en síntesis, que la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado debe ser regulada por la Constitución y no por la ley, y que, en efecto, lo hace en su artículo 38 inciso 2 al prescribir que “Cualquier persona que sea *lesionada* en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que señale la ley...”. Agregando que la expresión *lesión* que emplea el artículo antes citado, debe ser entendida en los mismos términos que lo hace la doctrina española, esto es, como daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar. En consecuencia, la administración comprometería su responsabilidad toda vez que su actuación, ya sea normal o anormal, cause a un particular una *lesión*, prescindiendo así de toda valoración a la actuación de la administración o a la de su agente.

2. Tesis subjetiva

Otros autores sostienen que la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado es subjetiva, esto es, la administración compromete su responsabilidad sólo cuando su actuación lesiva importa una falta de servicio.

Los fundamentos de quienes adhieren a esta tesis son los siguientes:

a) Sostienen que los artículos 6o. y 7o. de la Constitución señalan expresamente que los órganos del Estado deben someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y que su contravención o infracción genera las responsabilidades que la ley establezca.

b) Plantean que, conforme se desprende de los artículos señalados anteriormente, la modelación del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado corresponde a la ley, no a la Constitución.

c) Que, en efecto, la ley modela el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado de la siguiente manera: i) Res-

pecto de la generalidad de los órganos de la administración del Estado, excluyendo a los contemplados en el artículo 21 inciso 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado, rige el artículo 42 de dicha ley, que señala expresamente que “los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. ii) Respecto de los órganos de la administración del Estado contemplados en el artículo 21 inciso 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado, cabe aplicar, conforme establece esta disposición, lo dispuesto por su respectiva Ley Orgánica Constitucional o Ley de Quorum Calificado. Y si éstas no se pronuncian al respecto, corresponde, sostienen, aplicar en subsidio el artículo 2314 del Código Civil, entendiendo al factor de atribución culpa como culpa difusa, culpa anónima o, si se quiere, culpa del servicio.⁵

Es del caso señalar que la tendencia actual de nuestros tribunales es acoger esta teoría.⁶

3. *Nuestra opinión*

Nosotros estimamos que el artículo 38 inciso 2 de la Constitución no opta por un sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, sino que establece una garantía institucional, esto es un mínimo indisponible por el legislador, llamado por la propia Constitución a modelar el sistema, y que en lo que concierne a la temática en estudio, establece que cualquier actuación es potencialmente apta para comprometer dicha responsabilidad, ya sea lícita o irregular, jurídica o material, actuación u omisión, etcétera, no pudiendo, en consecuencia, el legislador concederle a la administración del Estado *a priori* márgenes o parcelas de irresponsabilidad.

Corresponde, en consecuencia, al legislador, con pleno respeto de lo garantizado institucionalmente por el artículo 38 inciso 2, establecer el

⁵ Pierry Arrau, Pedro, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 59, 1996, p. 302.

⁶ Cfr. Cordero Vega, Luis, “Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 66, pp. 371 y ss; Pierry Arrau, Pedro, “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, *Revista Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Chile, núm. 11, junio de 2004.

sistema de responsabilidad patrimonial de la administración, tal como lo hace el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado para la generalidad de los organismos que la integran, al consagrar a la falta de servicio como factor de atribución del sistema.

III. SEGUNDA PARTE. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Si bien en la doctrina no existe consenso sobre los requisitos de la actividad negativa,⁷ en nuestra opinión los requisitos de la actuación negativa son:

1. *Omisión de una actividad material o jurídica*

Consiste en la constatación empírica de una situación de pasividad o inercia por parte de la administración referida a una determinada actuación exigida por el ordenamiento jurídico, la cual puede ser jurídica o material.

2. *La infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico*

La actuación negativa importa la infracción de un deber de actuación impuesto por el ordenamiento jurídico. En consecuencia: i) Hay actividad negativa en la medida que la administración incumpla un deber de actuación. Al contrario, una inactividad que no importa la violación a un deber jurídico es irrelevante, en principio.⁸ A igual conclusión se ha lle-

⁷ Cfr. Entrena Cuesta, Rafael, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2002, t. I, p. 374; Barraza, Javier Indalecio, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, p. 122; Ahumada Ramos, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 332; Gómez Puente, Marco, *La Inactividad de la administración*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 58 y ss.

⁸ En este sentido Barraza ha expresado que “la abstención o hecho omisivo le interesará al derecho en tanto el hecho omisivo constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir” (Barraza, Javier Indalecio, *op. cit.*, nota 7, p. 122). Asimismo, Goldemberg ha planteado que jurídicamente “omitir” no significa un mero no hacer nada,

gado en el derecho penal.⁹ ii) La antijuridicidad es un elemento consustancial a la actividad negativa; razón por la cual, no existe *actividad negativa lícita*.

Para que haya actuación negativa, el deber de actuación infringido debe ser exigido por el ordenamiento jurídico (no necesariamente por ley formal).¹⁰

El deber de actuación puede ser establecido en términos específicos o genéricos. En el primer caso el ordenamiento jurídico impone expresamente a la administración un específico deber de actuación y, en consecuencia, la sola infracción importa una actividad negativa. Mientras que en el segundo caso el deber de actuación no está establecido en términos expresos; por lo que le corresponde a la administración decidir actuar o no, y si lo hace, escoger una forma de actuación entre varias igualmente válidas. En este caso, el juez debe, con arreglo a un criterio de razonabilidad, establecer, *ex post*, el deber de actuación que empece a la administración y cuya infracción la coloca en inactividad.¹¹ Así, por ejemplo, en el fallo *Rivera Araneda con Ilustre Municipalidad de la Unión*,¹² expresó que:

...de la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencia de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de las aguas lluvia se infiere que la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues según las normas legales aplicables, *debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los vecinos*. En conse-

sino un no hacer la acción decretada” (Goldemberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 200).

⁹ *Cfr.* Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 237; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 295 y 296.

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 300 y ss; Barraza, Javier Indalecio, *op. cit.*, nota 7, p. 123; Sa Zeichen, Gustavo, “La responsabilidad del Estado por inactividad de la administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos”, *Revista Derecho Administrativo*, Argentina, núms. 27-29, enero-diciembre de 1998, p. 177.

¹¹ *Cfr.* Sa Zeichen, Gustavo, *op. cit.*, nota 10, p. 179; Barraza, Javier Indalecio, *op. cit.*, nota 7, p. 123.

¹² Corte Suprema, 3 de mayo de 2001. Rol núm. 3.176-2000.

cuencia, sólo cabe calificar objetivamente defectuoso el servicio municipal, como lo han hecho los jueces del fondo, sin que éstos hayan incurrido en infracción alguna al artículo 141 de la Ley núm. 18.695.

Parte de la doctrina ha estimado inconveniente entregar al juez la calificación del deber de actuación cuya infracción colocaría a la administración del Estado en inactividad, razón por la cual han tratado de elaborar criterios más objetivos a este respecto. En este sentido Duni¹³ sostiene que la administración se encuentra en el deber de actuar, cuya omisión importa actuación negativa, cuando se verifiquen “los siguientes extremos: a) que exista un interés jurídicamente relevante, b) la necesidad de actuar en protección de dicho interés, y c) la existencia de proporción entre el sacrificio que comportaría la actuación estatal y la utilidad que se obtendría con su actividad”.¹⁴

IV. TERCERA PARTE. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA *SUBJETIVIZACION* DEL SISTEMA OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

En esta tercera parte estudiaremos cómo la inactividad administrativa se encuadra dentro de un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, como, *v.gr.*, sería el español o el chileno conforme a la interpretación efectuada por parte importante de la doctrina.

¹³ Duni, Giovanni, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milán, Guiffé, 1986, pp. 55 y ss.

¹⁴ Esta doctrina fue aplicada por el Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza en los autos *Torres con Provincia de Mendoza* (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 4 de abril de 1989. *Revista La Ley*, Argentina, t. 1989-C, pp. 514 y ss), que tratan de la destrucción del predio de un particular a causa de un aluvión proveniente de la Cordillera de los Andes. El particular —señor Torres— sostuvo que el daño se debió a la inactividad de la Provincia al no construir un sistema de defensas de aluviones. La Corte resolvió que dado que los intereses de la actora son sólo de carácter patrimonial y que no hay proporción entre el sacrificio general que importa el que la Provincia hubiese construido dichas defensas y la utilidad que con ellas se habría conseguido, no existe deber de actuación, y en esa medida, no hay actividad negativa ni responsabilidad para la administración por los daños sufridos por el particular.

1. *Inactividad como simple pasividad en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado*

Si en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, la inactividad es entendida como mera pasividad, el sistema de responsabilidad se desnaturaliza y transforma en una especie de seguro universal a cargo del erario público.

En este sentido una sentencia del Tribunal Supremo de España, reconociendo esta situación, señaló que

...la prudencia judicial se acrecienta en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la administración, porque siendo cada vez más los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenando constitucionalmente que los sirva “con eficacia”, la responsabilidad patrimonial de la administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (*v.gr.* persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de los servicios sanitarios, etcétera), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (*v.gr.* quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto concomitante que los ha producido, etcétera).¹⁵

2. *La inactividad como la infracción de un deber en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado*

Algunos autores, tratando de corregir el exceso anotado, han dado un contenido más preciso a la inactividad administrativa, entendiéndola como la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico. Y en este sentido se ha señalado que “A menos que quiera convertirse a la administración en una organización de aseguramiento global frente a cualquier clase de riesgo, la responsabilidad por omisión debe limitarse a los supuestos, antijurídicos, de actividad”.¹⁶

Por su parte, Gómez Puente, aparte de la infracción al deber de actuación, exige que el deber de actuar infringido sea materialmente posi-

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de marzo de 1993.

¹⁶ Gómez Puente, Marco, *op. cit.*, nota 7, p. 722.

ble, para que se verifique la inactividad. Se trata, sostiene, de “admitir el influjo normativo de lo fáctico sobre el propio ordenamiento jurídico cuya función transformadora de la realidad y cuya imperatividad tienen límites, naturales si se prefiere, de imposible superación”, porque, como reza el viejo aforismo, *ad impossibilia nemo tenetur*.¹⁷

Esta tesis se impone en la jurisprudencia española, y en este sentido se ha señalado que

...se abre paso una abundantísima jurisprudencia en la que, con olvido del supuesto carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, en los casos de inactividad de la administración exige, como requisito para reconocer el derecho a indemnización por los daños generados por aquella, el incumplimiento del deber de realizar una actuación determinada. En tal sentido son reiteradas las referencias al incumplimiento del deber de vigilancia, a la falta de servicio, a la obligación de velar por el respeto a la seguridad y a la integridad física de las personas, al incumplimiento del deber de establecer un servicio, a la omisión administrativa del deber de mantenimiento de una calle mal pavimentada, etcétera.¹⁸

V. CUARTA PARTE. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA *OBJETIVIZACIÓN* DEL SISTEMA SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

En esta cuarta parte estudiaremos la forma en que la inactividad se encuadra dentro de un sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, específicamente la relación existente entre ella y la falta de servicio.

1. *La falta de servicio*

La falta de servicio es el factor de atribución o fundamento especial de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

¹⁸ Entrena Cuesta, Rafael, “Responsabilidad e inactividad de la administración. Notas para un intento de reelaboración”, en Sosa Wagner (coord.), *Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I, p. 1222.

Todo intento de definir la falta de servicio es vano, en tanto y en cuanto se trata de un concepto por esencia flexible y mutable en atención a las particulares circunstancias en las que se presenta. En efecto, la Cuarta Comisión Legislativa, encargada de la redacción de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado, obvió definirla, “pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuándo se configura la «falta de servicio», pues son numerosos los casos en que tal situación puede producirse”.¹⁹

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha planteado que

...la falta de servicio que irroga directamente responsabilidad al Estado... se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima.²⁰

2. Los parámetros de la falta de servicio

En nuestra opinión, para determinar la existencia o no de la falta de servicio, es menester establecer el parámetro del comportamiento debido, frente al cual cotejar el actuar real de la administración. Si este actuar no se conforma a dicho parámetro, habrá falta de servicio. Este parámetro puede ser objetivo o subjetivo.

A. El parámetro objetivo de la falta de servicio

Conforme a esta tesis el parámetro de la falta de servicio debe determinarse con absoluta prescindencia de las circunstancias concretas que han rodeado el actuar u omisión de la administración.

¹⁹ Informe de la Cuarta Comisión Legislativa al informar el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado con fecha 27 de junio de 1986.

²⁰ *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Chile, núm. 7, 2002, pp. 147 y ss.

Para entender esta tesis es preciso aprehender el actual concepto de culpa en el derecho civil, la cual ya no es entendida como “un instrumento evocador del pecado”,²¹ sino que importa un concepto más bien objetivo en tanto se verifica por contraste entre la actuación real y la actuación debida. Es así como se la ha definido como la infracción de un deber de cuidado.²²

Esta nueva tendencia en cuanto a la culpa no ha sido desconocida por el derecho público,²³ y ella nos permite conceptualizar a la falta de servicio, conforme a este parámetro objetivo, como la infracción de un deber de actuar o cuidado. Veamos a continuación cada una de estas hipótesis.

- a) *Infracción a un deber de actuación.* La infracción de un deber de actuación importa omisión propiamente dicha, actividad negativa o inactividad en los términos estudiados en la segunda parte de este trabajo, por lo que nos remitimos a ella.
- b) *Infracción a un deber de cuidado.* Esta infracción se verifica “cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, exigidas por las circunstancias”.²⁴ Deber que puede ser establecido por el ordenamiento jurídico —ley, reglamento, ordenanza, etcétera—, usos normativos —normas del correcto actuar: las normas deontológicas, *lex artis*, etcétera— o, finalmente, por el juez. Éste siempre puede determinar y argumentar el deber de cuidado, incluso exigiendo mayor diligencia

²¹ Cordero Vega, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado. Bases para una sistematización*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 161.

²² Barros Bourie, Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Escuela de Graduados, Universidad de Chile, p. 44. Apuntes del Diplomado de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

²³ En este sentido Cordero Vega ha planteado que “el derecho administrativo no ha desconocido la evolución que el derecho de daños tuvo en materia de culpa. En efecto, mientras la visión tradicional de la responsabilidad extracontractual se construyó sobre la base del elemento volitivo, psicológicamente, desde el advenimiento de los modelos de responsabilidad objetiva, la culpa dejó de ser una determinación interna, para transformarse en la evaluación de conductas objetivamente apreciables. En otros términos, se pasó de un modelo de convicción psíquica de la culpa a un modelo de evaluación normativa. De aquí que entre nosotros Barros sostenga que hablar de responsabilidad subjetiva es equívoco para referirse a la responsabilidad por culpa. En el derecho civil se sostiene que la responsabilidad por culpa es objetiva, porque no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino la comparación de una conducta con un patrón general y abstracto”. Cordero Vega, Luis, *op. cit.*, nota 21, p. 162.

²⁴ Barros Bourie, Enrique, *op. cit.*, nota 22, p. 67.

que la establecida por la ley o por los usos normativos, por ello la observancia a lo preceptuado por dichas normas, no necesariamente libera de responsabilidad.

B. *El parámetro subjetivo de la falta de servicio*

Conforme a esta tesis el parámetro de la falta de servicio debe determinarse considerando las circunstancias concretas que han rodeado el actuar u omisión de la administración, *v.gr.*, la previsibilidad del daño, la dificultad del servicio y la disposición de recursos. Veamos a continuación cada una de estas variables.

- 1) *Imprevisibilidad.* El deber de actuación o cuidado, cuya infracción importa falta de servicio, sólo se extiende a lo que es previsible para la administración. En consecuencia, si el daño sufrido por un particular se debe a la infracción de un deber de actuación o cuidado, y la eventualidad del daño era imprevisible para la administración, no se verifica la falta de servicio. En este sentido, Gómez Puente ha señalado que “Toda actividad material genera de por sí ciertos peligros potenciales, lo que obliga a introducir medidas de seguridad de vigilancia, etcétera. Ello genera el deber de seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de los eventos que sean razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio”.²⁵
- 2) *Dificultad del servicio.* Se plantea, siguiendo a la doctrina francesa, que en el caso de los servicios de difícil realización, habrá falta de servicio sólo si la falta es grave, mas no si es leve o levisima. Actividades de difícil realización, lo son algunas por su propia naturaleza, *v.gr.*, las actividades médicas, el mantenimiento del orden público, la manutención de obras públicas, etcétera; o, circunstancialmente, por las condiciones de tiempo, *v.gr.*, un estado de guerra interna o externa, movimientos multitudinarios, actos de terrorismo, catástrofes naturales, etcétera; y de lugar, *v.gr.*, lugares de difícil acceso o incomunicados durante ciertos períodos del año, etcétera.²⁶

²⁵ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, nota 7, p. 861.

²⁶ Sterman, S., “Responsabilidades do Estado”, *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 1992, citado por Mossett Iturraspe, Jorge, “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho de Daños*, Argentina, núm. 9, 2000, p. 17.

- 3) *Disposición de recursos*. Conforme a esta variable, la actuación de la administración debe ser valorada siempre en función de los recursos financieros y humanos que disponga. Se plantea que el incumplimiento de un deber de actuación o cuidado por la administración se debe en muchos casos a la carencia de éstos, casos en los que no cabría reprocharle dicho incumplimiento, menos aun si se considera que en la asignación de esos recursos ella no tiene mayor injerencia.

3. *Posiciones doctrinarias en cuanto al parámetro subjetivo de la falta de servicio*

A. *Posiciones a favor del parámetro subjetivo de la falta de servicio*

Vial Correa ha sostenido que siempre deben considerarse la provisión de recursos a fin de determinar si cabe comprometer la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, pues

Chile no es un país de primer mundo, sino uno emergente, de pocos recursos. No se le puede exigir al Estado carreteras como una *highway* norteamericana, una *autostrada* italiana o una *autobahn* germánica. Ni hospitales como la Clínica Mayo. Si se quiere responsabilizar pecuniariamente al Estado por no alcanzar esos altos estándares, se retraerá de actuar en campos tan peligrosos.²⁷

Aldunate Lizama, por su parte, ha planteado que el deber de actuación cuya infracción impone responsabilidad a la administración, sólo puede estructurarse a partir de datos que en gran parte escapan a ella, como lo son la asignación y disposición de recursos, asignación de tareas y eventualmente de prioridades, cuestiones éstas que son decisiones políticas.²⁸

²⁷ Vial Correa, Gonzalo, “El Estado paga”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Chile, núm. 2, diciembre de 2002, p. 11.

²⁸ Aldunate Lizama, Eduardo, “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Chile, núm. 2, año 1, diciembre de 2000, p. 77.

B. *Posiciones en contra del parámetro subjetivo de la falta de servicio*

Huepe Artigas ha planteado que la consideración de estas circunstancias —carencia de recursos, dificultad del servicio— hacen de la falta de servicio un concepto maleable y ambiguo, lo cual permitirá al Estado escurdarse en ellas y liberar su responsabilidad.²⁹ En el mismo sentido, López Santamaría sostiene

Discrepo de quienes postulan que la falta de servicio consiste en que el órgano administrativo se comportó mal. Esta fórmula de inocente apariencia (no actuó como habría debido actuar) desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontando a un hombre medio (apreciación *in abstracto*), no actuó como habría debido actuar... es decir, que a la administración sólo le sería exigible tal o cual conducta correcta, si hubiese dispuesto de los recursos financieros, técnicos, humanos para actuar oportuna y eficazmente ante las circunstancias del caso concreto.³⁰

VI. QUINTA PARTE. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL USUARIO DE UNA CARRETERA CONCESIONADA, POR INACTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

1. *Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado por inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia*

La doctrina ha reconocido que la administración puede comprometer su responsabilidad a través de la inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia. En este sentido Sa Zeichen ha dicho que:

²⁹ Huepe Artigas, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Concepción, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 2002.

³⁰ Lopez Santamaría, Jorge, “Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Chile, t. XCIV, núm. 1, p. 44.

...si por medio de los entes reguladores o en forma directa el Estado ha controlado el modo en que son realizadas las prestaciones, las condiciones de seguridad, los requisitos de contratación, las normas de operación, etcétera, hasta los últimos detalles sería difícil del mismo modo, que cualquier acontecimiento dañoso que ocurriese pudiera ser considerado, al menos totalmente, ajeno al Estado.³¹

En iguales términos Rebollo Puig ha expresado que la administración compromete su responsabilidad con “el incumplimiento de un deber de evitar que ese concreto agente causara daños o actuara de forma que pudiera causarlos, más una falta de diligencia para prevenirlos y evitarlos”.³² En la misma línea, Gómez Puente ha planteado que “no es posible negar que la administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía y que si, por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función, se ocasionara un daño, el deber de reparar también le alcanzará, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables”.³³

A pesar de este reconocimiento por parte de la doctrina, en el derecho chileno es posible encontrar normas que pretenden desconocer la responsabilidad estatal por inactividad en el ejercicio de facultades de inspección o vigilancia. Así por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de Firma Electrónica (Ley 19.799) establece que “en ningún caso la responsabilidad que pueda emanar de una certificación efectuada por un prestador privado acreditado comprometerá la responsabilidad pecuniaria del Estado”, lo cual es a nuestro juicio constitucionalmente reprochable, ya que “Establece un ámbito de irresponsabilidad de la administración, incluso en aquellos casos de responsabilidad *in vigilando* por falta de control”,³⁴ infringiendo de este modo la garantía institucional contemplada en el artículo 38 inciso 2 de la Constitución.

³¹ Sa Zeichen, Gustavo, *op. cit.*, nota 11, p. 169.

³² Rebollo Puig, M., “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la administración: imputación y responsabilidad por el hecho de otro. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de España del 9 de mayo de 1989”, *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, p. 26.

³³ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, nota 7, p. 814.

³⁴ Cordero Vega, Luis, *op. cit.*, nota 21, p. 145.

2. Facultades de inspección y vigilancia en el contexto de una concesión de obra pública

A. Obligaciones del concesionario: conservación y reparación

El artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley núm. 850 establece que:

A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros servicio de la Dirección General de Obras Públicas. La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios.

B. Las facultades de inspección y vigilancia

El artículo 29 del Decreto Supremo núm. 900 del Ministerio de Obras Públicas establece que “Corresponderá a la Dirección respectiva del 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”.

C. Responsabilidad del Estado y concesionaria

Por último, el artículo 35 del Decreto Supremo núm. 900 del Ministerio de Obras Públicas establece que “El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas”.

3. Erradas interpretaciones en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, frente al usuario de carretera concesionada lesionado

Existen a nuestro ver algunas soluciones planteadas por la doctrina y jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, frente al

usuario de carretera concesionada lesionado, que son simplemente inaceptables, cuales son las siguientes.

A. 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 particular 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 por parte de la administración en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia y 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, lo cual no tiene lógica alguna.³⁵

B. Irresponsabilidad general del Estado

Algunos han sugerido que el transcrito artículo 35 del Decreto Supremo núm. 900 del Ministerio de Obras Públicas consagra una irresponsabilidad general del Estado frente al usuario lesionado, incluida la hipótesis de la inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, salvo en los casos que el daño se deba de manera directa a una medida adoptada por dicho organismo, 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.

³⁵ Hutchinson, Tomás, “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, *Revista de Derecho de Daños*, Argentina, núm. 3, p. 313.

4. *Responsabilidad de la administración del Estado por inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, respecto del usuario de carretera concesionada lesionado*

La procedencia de la responsabilidad de la administración del Estado por inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, respecto del usuario lesionado ha sido reconocida por la doctrina.

Así, por ejemplo, Weingarten y Ghersi sostienen que

...la actividad del Estado es doble: regular y dictar normas para las empresas concesionarias, y controlar su cumplimiento específicamente frente a los usuarios.

La función de control implica, así, una actividad logística para los usuarios, por su falta de poder para hacer valer sus derechos, por lo que precisamente lo hacen a través del control estatal y esta tarea es eminentemente constitucional.

De esta forma, la actividad de control implica para el Estado la organización administrativa de funcionarios e instituciones, es decir, hacer operativo el servicio de control y, si no lo hace eficientemente, asumir su responsabilidad por los daños ocasionados a los particulares.

Así, lo daños que se inflijan a los usuarios de las rutas por causalidad en el incumplimiento de las obligaciones de los concesionarios constituyen una responsabilidad del Estado por omisión causal, ya que se trata de una situación de falta de control.³⁶

Del mismo modo López del Carril ha señalado que “al existir en cabeza del Estado la obligación de control y vigilancia de las obligaciones del concesionario (poder de policía), aparece respecto del primero, una atribución de responsabilidad subjetiva, que se funda por omisión de cumplimiento de sus funciones específicas”.³⁷

En cuanto a la prueba, estimamos que a la víctima le corresponde demostrar la falta de servicio. Para ello, basta, en nuestra opinión, con que acredite la infracción al parámetro objetivo de la falta de servicio, esto es, que la administración no ha ejercido sus facultades de inspección y

³⁶ Weingarten, Celia y Ghersi, Carlos, *Contrato de peaje*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, pp. 58 y 59.

³⁷ López del Carril, Gonzalo, *Responsabilidad civil en rutas y vías de circulación*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1999, p. 151.

vigilancia, con absoluta prescindencia de las circunstancias concretas que han rodeado su actuar u omisión.

La administración, por su parte, a fin de liberar su responsabilidad, deberá demostrar que en su actuar ha observado el parámetro objetivo, es decir, que su actuación ha sido normal. O que a su respecto debe ser aplicado un parámetro subjetivo, el cual ha observado. Así, por ejemplo, que el daño se ha debido a un suceso imprevisible, y por tanto respecto del cual no le cabía deber alguno de actuación; que el servicio, la vigilancia e inspección, es de difícil ejecución, y que el daño se ha debido a una falta leve o levísima, no grave; por último, que si bien no ha cumplido su deber de actuación o cuidado, ello se ha debido a la carencia de recursos.

VII. CONCLUSIONES

A la luz de lo estudiado podemos concluir que la inactividad administrativa siempre importa la infracción a un deber de actuación. Por ello, aunque el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado sea objetivo, en el caso de la inactividad, lo subjetiviza. Del mismo modo, la inactividad en un sistema subjetivo importa la verificación del parámetro objetivo de la falta de servicio, y a no ser que la administración demuestre que ha conformado su actuar al parámetro objetivo o que a su respecto debe ser aplicado el parámetro subjetivo, habrá falta de servicio, y por ello hemos sostenido que la inactividad objetiviza un sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial de la administración del Estado.

Que la administración, en el contexto de una concesión de obra pública, detenta las facultades de inspección y vigilancia respecto de las obligaciones asumidas por el concesionario, y si el daño al usuario se deriva del incumplimiento del concesionario de tales obligaciones, podemos concluir que ha existido una inactividad o ejercicio negligente de tales facultades por la administración, por lo que se verifica una inactividad. Y siempre que el actuar debido sea materialmente posible en el contexto de una responsabilidad patrimonial objetiva o que dicha inactividad importe una falta de servicio, habrá responsabilidad para la administración del Estado.