

# **LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE CONCESIONES**

**HERNÁN CORRAL TALCIANI**

*Doctor en Derecho Universidad de Navarra*

*Profesor de Derecho Civil*

*Universidad de los Andes*

## I. CONTEXTO NORMATIVO

### 1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

El contrato de concesión de obra pública es primeramente un contrato y, por consecuencia, le son aplicables como derecho común y general las reglas del libro IV del Código Civil, en relación a la obligatoriedad, incumplimiento y responsabilidad de las partes por su deberes contractuales. Pero no debe perderse de vista que estamos ante un contrato que no se rige sólo por el derecho privado, sino que ante un contrato administrativo que cuenta con una regulación legal y reglamentaria especial que permite discernir mejor su naturaleza propia y los deberes específicos que recaen tanto en el Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, como en la empresa concesionaria.

El sistema de concesiones está regulado por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el D.F.L. N° 164, de 1991, cuyo texto refundido fue fijado por el D. Sup. N° 900, de 31 de octubre de 1996, Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 1996 (en adelante LC), y en el Reglamento de esta ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 956, Ministerio de Obras Públicas, de 6 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1999.

El sistema de concesión de obras públicas fue ideado para que el Estado pudiera modernizar su infraestructura recurriendo al apoyo financiero de empresas privadas que pudieran realizar inversiones de gran envergadura y recuperables a muy largo plazo, teniendo la confianza y la seguridad de

que el poder público mantendrá las condiciones en las que fueron licitadas y ofrecidas. Por eso el marco normativo fue creado con el respaldo de todos los sectores de la vida nacional y con el apoyo de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria: en palabras del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, “Unos y otros obraron en este caso con sentido de país, produciéndose un consenso social y político de gran proyección”<sup>1</sup>.

Por ello el hecho de que la concesión sea calificada como un contrato administrativo no quiere decir que en ella el Estado Administrador tenga facultades y poderes exorbitantes que puedan producir un sacrificio del interés legítimo del concesionario a que se respeten los derechos surgidos de la contratación original. Al concesionario se reconoce un derecho a que se mantenga el equilibrio financiero del contrato. Señala a este respecto Dolores Rufián, en su *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, que “tanto la Ley de Concesiones como las bases de licitación establecen un sistema de riesgos compartidos, de manera que no se puede señalar que la concesión de obra pública sea un contrato celebrado a riesgo y ventura del concesionario, sino que está regido por el principio del equilibrio financiero del contrato”<sup>2</sup>.

Con fecha 20 de enero de 2010, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.410 que modificó el D.F.L. N° 164, de 1991. Estas modificaciones, sin embargo, no se aplican respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410, es decir, al 20 de enero de 2010 (art. 1° transitorio Ley N° 20.410). Pero la ley dispuso que las nuevas disposiciones podían aplicarse a obras anteriores si los concesionarios, dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en vigencia, optaran por la aplicación de la reforma a sus respectivos contratos (art. 1° transitorio Ley N° 20.410).

La ley también ordenó la entrada en vigencia *in actum*, incluso para las obras anteriores, de algunas normas particulares, pero siempre que se tratara de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia (art. 1° transitorio Ley N° 20.410).

El D. Sup. N° 215, Ministerio de Obras Públicas, D. Of. de 28 de abril de 2010, modificó el D. Sup. N° 956, Reglamento de la Ley de Concesiones, para introducir las modificaciones en este cuerpo reglamentario.

---

<sup>1</sup> Lagos Escobar, Ricardo, Prólogo a Ruffián Lizama, Dolores M., *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 8.

<sup>2</sup> Ruffián Lizama, Dolores M., *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 26.

## 2. SISTEMA ESPECIAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. DOS REGÍMENES

Nada sacaba el legislador con asegurar los derechos al concesionario para animarlo a invertir en obras de estas características si dichos derechos no pudieran hacerse efectivos ante la renuencia de la autoridad administrativa, mediante un sistema de resolución de controversias imparcial, objetivo, técnico y expedito que permitiera dirimir las diferencias entre el Estado y el particular.

José Antonio Ramírez expresa que “El sistema de concesiones posee un mecanismo de resolución de controversias independiente del Poder Judicial, considerando que, atendida la especialidad de la materia, el Legislador adoptó la política de sustraer, en lo posible estas materias del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia”<sup>3</sup>.

Este sistema ha sido reformado por la Ley N° 20.410, pero manteniendo en general la vigencia de las normas anteriores para los contratos ya celebrados. Por ello, es necesario distinguir dos regímenes en esta materia: el anterior a la Ley N° 20.410 y el diseñado por las reformas introducidas por esta última.

### a) *Normativa aplicable a contratos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410*

El texto anterior a la reforma de la Ley N° 20.410, establece que el procedimiento para resolver las reclamaciones o controversias se compone de dos etapas: el conocimiento del asunto por una Comisión Conciliadora. Si la conciliación se frustra, el concesionario puede recurrir ante la Corte de Apelaciones, o ante la misma Comisión Conciliadora pero ahora convertida en Comisión Arbitral. Esta Comisión debe fallar según las reglas que el Código de Procedimiento Civil dispone para los árbitros arbitradores, es decir, según su prudencia y equidad.

Como señala Juan Eduardo Figueroa, “la Comisión conciliadora, como un mecanismo de resolución de controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, fue creada en beneficio del concesionario, con el objeto de poder atemperar las potestades del Estado frente a un contrato administrativo de características muy especiales, todo ello con el fin de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ramírez Arrayas, José Antonio, *Concesiones de obras públicas. Análisis de la institucionalidad chilena*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 110.

<sup>4</sup> Figueroa Valdés, Juan Eduardo, *Resolución de controversias en la Ley chilena de Concesiones de Obras Públicas*, Metropolitana, Santiago, 2003, p. 85.

b) *El sistema creado por la reforma de la Ley N° 20.410*

La Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010, introdujo una importante reforma al sistema de resolución de conflictos.

Se suprimió la Comisión Conciliadora, y se la reemplazó por un Panel Técnico, integrado por expertos nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública y que tiene competencia para pronunciarse sobre las discrepancias de carácter técnico o económico que surjan durante la ejecución de los contratos de concesión. Pueden recurrir a este Panel, tanto el concesionario como el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP), y también en su caso la Comisión Arbitral, pero sus dictámenes no son vinculantes ni representan tampoco la decisión de un órgano jurisdiccional (nuevo art. 36 Ley de Concesiones).

Las partes tanto el concesionario como el MOP, ante controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, pueden recurrir ante la Comisión Arbitral, cuyos integrantes son elegidos por las partes de nóminas elaboradas por la Corte Suprema y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este nombramiento se realiza al inicio de la concesión. La Comisión Arbitral puede llamar a conciliación a las partes, hasta antes de la citación para oír sentencia. La Comisión tiene las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, pero debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Debe dictar sentencia con arreglo a derecho (nuevo art. 36 bis de la Ley de Concesiones). En consecuencia, es una especie de arbitraje mixto.

Se mantiene el derecho del concesionario de no recurrir a la Comisión Arbitral, y reclamar en cambio ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La consulta al Panel es, en general, facultativa, pero es obligatoria respecto de los aspectos técnicos o económicos de una controversia: “Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico” (art. 36 bis inc. 1° LC).

## 3. EL ROL DEL INSPECTOR FISCAL

La figura del Inspector Fiscal de las obras concesionadas está prevista en los arts. 38 y ss. del Reglamento de la Ley de Concesiones, D. Sup. N° 956, de 1997, y en los arts. 110 y siguientes del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, D. Sup. N° 75, Obras Públicas, de 2 de febrero de 2004, publicado en el Diario Oficial el 1° de diciembre de 2004. El D. Sup. N° 215, D. Of. 28 de abril de 2010, que modificó el Reglamento de Concesiones en conformidad a la reforma de la Ley N° 20.410, no introdujo modificaciones a esta regulación.

La doctrina especializada, sobre la base de esta normativa, llega a la conclusión de que “se trata de funcionarios nombrados por el Ministerio [de Obras Públicas], que deberán coordinar las distintas actividades realizadas en las direcciones y departamentos respectivos del MOP involucrados en el contrato” y llevar las relaciones entre el concesionario y el Ministerio<sup>5</sup>. Se sostiene que “resulta necesario destacar que la denominada fiscalización del contrato de concesión por parte del MOP se lleva adelante a través de la figura de un inspector fiscal, que es la contraparte directa e inmediata de la sociedad concesionaria en el desarrollo del contrato, tanto en su etapa de construcción como de explotación. A este personero, la sociedad concesionaria dirigirá toda su correspondencia contractual y técnica relacionada con el contrato, con aquellas excepciones puntuales en que debe dirigirse directamente al Director General de Obras Públicas”<sup>6</sup>.

El D. Sup. N° 75 lo define como “El funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción” (art. 4 N° 9) y más adelante reitera que “Para todos los efectos del presente reglamento, se entenderá por inspector fiscal el profesional funcionario, nombrado por la autoridad competente, a quien se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato” (art. 110).

En consecuencia, las principales características de este agente de la actividad concesionada son:

- a) Es un funcionario público
- b) Es nombrado y destituido por el Ministerio de Obras Públicas
- c) A través de él, el Ministerio cumple su función de supervisar y fiscalizar el desarrollo de la obra y su explotación
- d) Tiene a su cargo toda la comunicación y relaciones entre el concesionario y las demás autoridades del Ministerio de Obras Públicas. En este sentido, el art. 38 N° 2 del D. Sup. N° 956, dispone que “Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal...”.
- e) Tiene diversas atribuciones según si la obra está en construcción o en explotación.
- f) Tiene derecho a acceder a la información que debe proporcionarle la concesionaria, según el art. 43.1 del D. Sup. N° 956 o la que se establezca en las bases de licitación.

<sup>5</sup> Rufián, D., ob. cit., p. 89.

<sup>6</sup> Viñuela Hojas, Mauricio, “El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, 2007, p. 49.

No puede decirse que el Inspector Fiscal es un tercero que media entre el concesionario y el MOP, pues no goza de independencia respecto de este último. El Inspector Fiscal forma parte del MOP, esto es, del Estado, y por lo tanto debe cumplir sus funciones y atribuciones representando el mejor interés del Fisco.

Entre las atribuciones que la reglamentación le concede existen varias que son propiamente representativas, por lo que sus decisiones obligan al MOP y al Estado. Por ejemplo:

- Aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto (art. 39, a, D. Sup. N° 956).
- Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obras (art. 39 i D. Sup. N° 956).
- Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión (arts. 39 l 40 m D. Sup. N° 956). El contratista debe someterse a estas órdenes, so pena de incurrir en multas (art. 111 D. 75). Estas órdenes pueden ser recurridas de reposición y apelación (art. 42 D. Sup. N° 956).
- Exigir la separación de cualquier subcontratista o trabajador del contratista (art. 112 D. Sup. N° 75).
- Ordenar el retiro fuera de la zona de faenas de materiales que hayan sido rechazados por mala calidad (art. 114 D. Sup. N° 75).

Es posible concluir que el Inspector Fiscal, en el sistema de concesiones de obras públicas, es una autoridad pública, con potestad para dictar órdenes e imponer sanciones, que integra la estructura orgánica de la Administración estatal. Para los efectos de la supervisión y control de la obra pública, el Inspector Fiscal es, dentro del ámbito de sus atribuciones, un órgano del Estado y actúa por él y lo compromete como autoridad administrativa.

## II. REGLAS DE PRESCRIPCIÓN APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO SUJETO A LA LEY DE CONCESIONES

### 1. RÉGIMEN ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.410

No existen en la Ley de Concesiones ni en su Reglamento normas especiales sobre la responsabilidad contractual. Sólo algunas referencias a las indemnizaciones que se pueden generar para el concesionario, que suelen recibir el nombre de “compensaciones”. De esta manera, aunque la Administración tiene derecho a modificar por razones de interés público

el contrato original, si lo hace debe compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio (art. 19 de la Ley de Concesiones).

Frente a incumplimientos imputables al Fisco, el Estado debe también indemnizar los perjuicios provocados al concesionario. El art. 22 N° 3 de la Ley de Concesiones señala que “Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o totales son imputables al Fisco el concesionario gozará de un aumento igual al período de entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan”. Señala Rufián, acertadamente, que “En este precepto existe un reconocimiento de responsabilidad contractual y además el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios al concesionario”<sup>7</sup>.

Ante la ausencia de normas especiales, parece claro que se aplicarán las disposiciones del Derecho común, esto es, las del título XII del libro IV del Código Civil. Por su parte, la extinción de la acción para pedir la resolución contractual o la indemnización de perjuicios por incumplimiento se regirá por las reglas generales de la prescripción de las acciones tratada en los arts. 2514 y ss. del Código Civil<sup>8</sup>.

## 2. RÉGIMEN POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.410

Todo lo anterior vale para el régimen establecido en la reforma de la Ley N° 20.410, pero con una señalada excepción. Esta ley introdujo en el art. 36 bis de la Ley de Concesiones los siguientes incisos 9° y 10°:

“Salvo disposición en contrario de esta ley, las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación.

“Sin perjuicio de lo anterior y de lo establecido en los artículos 28 y 28 ter<sup>9</sup>, el plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan

<sup>7</sup> Rufián, D., ob. cit., p. 112.

<sup>8</sup> Podría sostenerse que si la empresa concesionaria es comerciante, estaríamos frente a un acto mixto, y podría aplicarse a las obligaciones del comerciante la disposición del art. 822 del Código de Comercio, que establece una prescripción de cuatro años “para las obligaciones de que trata el presente Libro”. Pero es dudoso que esta disposición resulte aplicable a las acciones que pretenden hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento contractual de un contrato de concesión, ya que este tipo de acciones no está regulado en el libro II de dicho Código. Sobre la aplicación de la prescripción comerciante en actos mixtos, puede verse el fallo de C. Sup., 11 de septiembre de 2007, rol N° 6594-2005.

<sup>9</sup> El art. 28 regula la terminación del contrato por incumplimiento grave del concesionario; el art. 28 ter se refiere a la terminación anticipada de la concesión por exigencias del interés público, donde se establecen los plazos para acordar y reclamar las indemnizaciones.

multas, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución. Vencidos estos plazos prescribirá la acción”.

Vemos que estas disposiciones contemplan tres situaciones, que se aplican a ambas partes del contrato:

1<sup>a</sup>) Reclamaciones fundadas en un hecho o ejecución de un acto que ocurre durante la etapa de construcción;

2<sup>a</sup>) Reclamaciones fundadas en un hecho o ejecución de un acto que ocurre en la etapa de explotación de la concesión;

3<sup>a</sup>) Reclamación contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas.

En el primer supuesto (hechos ocurridos en etapa de construcción), se dispone que las reclamaciones a la Comisión Arbitral deben formularse en el plazo fatal (“dentro de”: cfr. art. 49 CC ) de dos años, contado desde la puesta en servicio definitiva de la obra.

En el segundo supuesto (hechos que ocurren durante la explotación), el plazo para reclamar ante la Comisión es de dos años, contado desde la ocurrencia del hecho o desde que las partes hubieren tenido noticia del mismo, si así se acredita fehacientemente.

Finalmente, cuando se trata de reclamar ante resoluciones dictadas por el MOP, el plazo para reclamar es de un año en general. Si se trata de la imposición de multas el plazo se reduce a 120 días, pero el plazo se suspende si se interponen los recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución.

Cabe preguntarse si estas disposiciones establecen plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad civil contractual que se aplican en forma preferente a las reglas generales del Código Civil. No parece haber dudas en cuanto al tercer supuesto: reclamaciones ante resoluciones, ya que el inciso que las establece termina con la frase “Vencidos estos plazos prescribirá la acción”. Se trata por tanto de un plazo de prescripción.

Pareciera que lo mismo ha de señalarse respecto del segundo supuesto: es decir, reclamaciones fundadas en hechos ocurridos durante la explotación, ya que se trata de un plazo que se cuenta desde que ocurre el hecho o desde que se tomó conocimiento de él, lo que se ajusta a la estructura fundamental de la institución de la prescripción.

Pero la duda se presenta frente al primer supuesto: reclamaciones que se motivan en un hecho o ejecución de un acto que se produce durante la construcción de la obra. Aquí el plazo de dos años no se cuenta desde que ocurre el hecho o se tiene noticia de él, sino, cualquiera sea la época de esos acontecimientos, desde la puesta en servicio definitiva de la obra. Surge, entonces, la inquietud de si aquí el legislador quiso establecer un plazo de garantía y no de prescripción. La diferencia sería que esta garantía viene a superponerse al funcionamiento ordinario de la



prescripción, que al no haber normas especiales se regulará por las reglas generales del Código Civil. Nos explicamos: ante un incumplimiento que genera daño, comienza a transcurrir el plazo de prescripción general y la acción se extinguirá si no se hace la reclamación dentro de ese plazo, aunque cuando la obra no esté recibida o no se hayan vencido los dos años desde la puesta en servicio. El plazo de garantía operaría cuando estén pendientes plazos de prescripción que no se han vencido aún; en ese caso, la ley dispone que, aunque no se haya extinguido la acción por la prescripción ordinaria, todas las acciones caducan. Se pretende que después de dos años de puesta en servicio definitiva de la obra ya no haya posibilidad de abrir más litigios. Las partes deben examinar todas las eventuales reclamaciones e interponerlas en ese plazo y no confiarse en que todavía los plazos de prescripción no se han vencido.

Lamentablemente el texto de la ley es poco claro, y la historia del establecimiento de la norma tampoco nos ayuda mucho para determinar si lo que el legislador quiso establecer fue un plazo de prescripción o un plazo de garantía<sup>10</sup>.

Por nuestra parte, nos inclinamos a considerar el plazo establecido para los hechos ocurridos durante la construcción como un plazo de garantía, fundados en la estructura fundamental de la prescripción, que siempre dice relación con una acción individual y no de un conjunto de acciones que sólo tienen en común el surgir entre las mismas partes y por

<sup>10</sup> Al parecer, en un comienzo se pensó en establecer un plazo de prescripción de dos años contados desde la ocurrencia del hecho; el Mensaje con el que la Presidenta Michelle Bachelet envió el proyecto indicaba que "... se consagra un plazo fatal de dos años para la formulación de solicitudes o reclamaciones, contado desde la ocurrencia del hecho o ejecución del acto que las motiva, vencido el cual prescribe la acción. Este plazo se reduce a treinta días en el caso de reclamaciones contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas" (en *Historia legislativa de la Ley N° 20.410*, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 8). Sin embargo, ya en el texto propuesto por el Ejecutivo se distingue el comienzo del plazo según si la obra está en etapa de construcción o explotación: "Salvo disposición en contrario de esta ley, las partes deberán formular sus solicitudes o reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años, contado desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si este ocurriese en etapa de explotación. Sin embargo, este plazo será de 30 días en el caso de reclamaciones contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas. Vencidos estos plazos prescribirá la acción". Durante la tramitación no hemos encontrado noticias sobre si se analizó la cuestión de si lo que se estaba consagrando en el primer supuesto era un plazo de prescripción o de garantía. Sólo la abogada Nicole Nehme, que intervino en la Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados, aludió en general a lo acertado de establecer plazos de prescripción en la reforma: "La Ley de Concesiones no contiene normas relativas a la prescripción y existía incertidumbre porque no estaba claro si se aplicaban las normas del Código Civil, las del Código de Comercio, por lo tanto, es sano que se consagren" (Primer Informe Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados de 6 de agosto de 2007, en *Historia legislativa...* cit., p. 64). Posteriormente, la norma se separó en dos incisos dejando para el segundo el plazo para reclamaciones contra resoluciones del MOP, de modo que la frase "Vencidos estos plazos prescribirá la acción" se circunscribió a este único supuesto.

el desarrollo conjunto de un proyecto. Sería muy extraño, por ejemplo, que un incumplimiento ocurrido al inicio de la obra prescriba al mismo tiempo que otro que ocurrió tres o cuatro años después al estar finalizando la construcción. De esta manera habría plazos múltiples de prescripción para acciones que surgen de hechos que han ocurrido en diferentes épocas. En cambio, parece razonable que el legislador haya creído consolidar la ejecución de la obra, disponiendo que después de dos años no pueden interponerse nuevas acciones aunque no estén prescritas.

### III. PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN E INICIO DE SU CÓMPUTO

#### 1. RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY N° 20.420

Al no haber reglas especiales, la prescripción de la responsabilidad contractual en las concesiones se regirá por las normas de la prescripción de las acciones establecidas en los arts. 2514 y siguientes del Código Civil. Como no se tratará de acción ejecutiva, se aplicará el plazo dispuesto para la prescripción de las acciones ordinarias, que es de cinco años (art. 2515 inc. 1° CC).

El criterio de inicio de la prescripción aparece en el inc. 2° del art. 2514 CC que señala: “Se cuenta este tiempo desde que la obligación se ha hecho exigible”.

En el caso de la acción de reparación del daño contractual debe entenderse que la obligación se hace exigible no sólo desde que se produce el incumplimiento, sino desde que se produce y se completa el daño.

Cuando se trata de un daño continuado que persiste de manera coetánea al incumplimiento, la exigibilidad no se produce sino una vez que el incumplimiento ha cesado y con ello también es posible cuantificar la totalidad de la pérdida.

Por tanto no puede sostenerse que la prescripción comienza a computarse desde el primer día del incumplimiento y que se han hecho exigible las pérdidas de manera progresiva desde esa fecha, como si se tratara de una obligación pagadera en cuotas. En esta situación no hay una obligación que haya sido dividida en cuotas, ni puede señalarse cual sería la unidad de tiempo que se tomaría para una división que nunca ha sido contemplada ni por las partes ni por la naturaleza del perjuicio: ¿será el día, el mes, el año? No siendo la obligación divisible de esta manera, hay que necesariamente concluir que ella se hace exigible al finalizar el incumplimiento y concretarse en su totalidad el daño acumulado durante todo el tiempo que éste duró.

Por lo demás, es el mismo criterio que se aplica cuando la obligación de reparar surge de una responsabilidad extracontractual, para la cual se

señala que si se trata de un ilícito que se mantiene en el tiempo con el consiguiente daño continuado, “la prescripción no podrá contarse sino desde que ese hecho haya cesado...”<sup>11</sup>. Si se trata de un ilícito contractual que se mantiene en el tiempo y que produce un daño continuado, debe aplicarse la misma conclusión: la exigibilidad de la acción que fija el momento de inicio del cómputo de la prescripción sólo se da cuando cesa el incumplimiento y se completa el daño.

## 2. RÉGIMEN POSTERIOR A LA LEY N° 20.410

### a) *Incumplimientos ocurridos en la etapa de construcción*

Como hemos sostenido que el plazo señalado en el art 36 bis inc. 9° respecto de los hechos o ejecución de actos que se producen durante la etapa de construcción no es un plazo de prescripción, sino de garantía, hemos de concluir que la Ley de Concesiones no ha fijado una norma especial en cuanto a la prescripción. En consecuencia, se aplicarán también las reglas generales previstas en el art. 2514 y siguientes del Código Civil.

De esta manera, el plazo para la prescripción será de cinco años (art. 2515 inc. 1° CC), el que se contará que la obligación de reparar el daño se haya hecho exigible (art. 2514 inc. 2° CC). Como para el régimen anterior a la reforma de la Ley N° 20.410, sostenemos que esta obligación de reparar en casos de daños continuados o progresivos se produce cuando se consuma la totalidad del perjuicio.

La diferencia con el régimen anterior es que, aun cuando el plazo de prescripción de cinco años esté pendiente, la acción se extinguirá si la responsabilidad no es reclamada en el plazo fatal de dos años desde que la obra fue puesta en servicio de manera definitiva. Aquí opera el plazo de garantía.

### b) *Incumplimientos ocurridos en la etapa de explotación*

Si la responsabilidad surge de un incumplimiento ocurrido en la fase de ejecución, el inciso 9° del art. 36 bis de la Ley de Concesiones establece un plazo que sí parece de prescripción y no de garantía. De este modo, la acción prescribe a los dos años desde “la ocurrencia del hecho o desde que [las partes] hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditaré fehacientemente”.

Pensamos que cuando la ley se refiere al “hecho” no está aludiendo únicamente al incumplimiento, sino a la consumación del daño que

<sup>11</sup> Domínguez Águila, Ramón *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 380.

genera ese incumplimiento y que no siempre se da en forma coetánea al comportamiento negligente. Del mismo modo, las partes pueden probar que si bien el daño se produjo en una determinada época este no vino a ser advertido sino con posterioridad; en tal evento la prescripción se cuenta desde que tuvieron noticia del daño, aunque hubieren conocido el incumplimiento.

### 3. UN CASO ESPECIAL

Contratos anteriores a la Ley N° 20.410 y hechos posteriores a ella como ya hemos señalado, la reforma de la Ley N° 20.410 dispuso que “Las normas de esta ley no serán aplicables respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, salvo a aquellos concesionarios que, dentro del plazo de los tres meses siguientes a esa fecha, opten por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos” (art. 1° transitorio inc. 1°). Además, dispuso que en el mismo plazo los concesionarios podían optar por la aplicación de los nuevos arts. 36 y 36 bis, es decir, por el nuevo sistema de resolución de controversias (art. 1° transitorio).

De este modo, respecto de las concesiones de aquellos concesionarios que no ejercieron la opción, “seguirán rigiendo las normas legales vigentes a la fecha del perfeccionamiento de los respectivos contratos de concesión” (art. 1° transitorio inc. 3°). Pero a esta norma se establecieron excepciones respecto de algunas normas que se aplicarán incluso a los contratos anteriores. De ellas nos interesa la que se contempla en la letra b) del inciso 3° del artículo 1° transitorio, según la cual, rigen *in actum* “b) Las normas contenidas en el inciso noveno del artículo 36 bis ... del decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su texto introducido por esta ley... respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley”.

El inciso noveno del art. 36 contiene la norma que dispone un plazo de dos años desde la puesta en servicio definitiva de la obra, tratándose de hechos o ejecución del acto ocurridos durante la construcción, y de dos años desde la ocurrencia del hecho o desde que se hubiere tenido noticia del mismo así se acredite, si este ocurriese en la etapa de explotación.

Esta norma entró en vigencia el día 20 de enero de 2010 al entrar en vigor la reforma de la Ley N° 20.410, y debe aplicarse también a los contratos celebrados con anterioridad, pero sólo respecto de hechos, en nuestro caso incumplimientos contractuales dañosos, que hayan ocurrido desde ese día en adelante.

Por tanto, tratándose de este tipo de incumplimientos se aplicará el plazo de garantía de dos años desde la puesta en servicio definitiva, si el incumplimiento dañoso se produjo desde el 20 de enero de 2010. Del mismo modo, si el incumplimiento que produce el daño se realiza desde esa fecha en adelante pero durante la etapa de explotación, la acción para demandar la responsabilidad se extinguirá por prescripción de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que se hubiere tenido noticia del mismo.

#### IV. INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN

##### 1. LA INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

###### a) *La discusión sobre el sentido de “demanda judicial”*

De conformidad con el art. 2518 inc. 3º del Código Civil, la prescripción extintiva “se interrumpe civilmente por la demanda judicial...”. La interrupción no se puede alegar por el demandante “si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal” (art. 2503 N° 1, aplicable en virtud del art. 2518 inc. 3º del Código Civil).

La doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de interpretar estas reglas. Según algunos la expresión “demanda judicial” del art. 2518 inc. 3º del Código Civil debe entenderse en su sentido estricto, como la presentación judicial que da lugar a un proceso contencioso y que cumple con los requisitos del art. 254 del Código de Procedimiento Civil. Se ofrecen diversos argumentos para sustentar esta tesis: se dice que la palabra demanda debe interpretarse, conforme al art. 21 del Código Civil, como un término técnico legal y no en su sentido vulgar; se agrega que el art. 2503 CC para la interrupción de la prescripción adquisitiva utiliza la expresión más amplia de “recurso judicial” lo que contrasta con la expresión “demanda judicial” del art. 2518 CC; se señala también que en el proceso de redacción del Código se cambió el precepto que se remitía en todo a la interrupción de la prescripción adquisitiva (art. 2700 inc. 4º del Proyecto de 1853) al texto que finalmente se aprobó y que precisa que la interrupción de la prescripción extintiva opera por demanda, así como que para que en verdad opere la interrupción hace falta sentencia judicial, de modo que la interrupción de la prescripción resulta condicionada a

la sentencia que acoja dicha demanda. En este sentido se pronuncian Fernando Fueyo<sup>12</sup>, Hernán Larraín Ríos<sup>13</sup> y Ramón Meza Barros<sup>14</sup>.

Esta interpretación no es compartida por la mayoría de la doctrina que sostiene que la expresión demanda judicial del art. 2518 inc. 3° CC debe entenderse en un sentido amplio, como toda presentación ante la autoridad jurisdiccional por la cual el acreedor intenta ejercer su derecho, y no se limita a una demanda propiamente tal y según los tecnicismos de las reglas procesales. Se refutan los argumentos anteriores diciendo que no cabe aplicar la regla interpretativa del art. 21 del Código Civil, toda vez que este Código es muy anterior al Código de Procedimiento Civil y, por tanto, no pudo el art. 2518 haberse referido al art. 254 CC de este último cuerpo legal. Se señala que la diferencia de locuciones de “recurso” y “demanda” entre los arts. 2503 y 2518 CC no parece entrañar una diferencia de fondo, toda vez que el mismo 2503 CC que emplea al comienzo la palabra recurso después habla también de demanda, demandado y recurrente, por lo que se observa que no había en la intención del codificador una diferencia de fondo entre ambos conceptos. Respecto al carácter condicional de la interrupción, se advierte que, aunque sea cierto que finalmente el acreedor necesitará de una sentencia favorable, ello no prueba que necesariamente ejerza de inmediato su derecho mediante una demanda propiamente tal, y que no pueda hacerlo valer mediante otro recurso judicial.

Ya defendida por la tesis de grado de Héctor Escribar Mandiola de 1925<sup>15</sup>, esta es la posición que predomina actualmente en nuestra doctrina. Según Ramón Domínguez Águila, la doctrina nacional acoge la tesis amplia. Precisa esta posición señalando que “no basta cualquier gestión judicial, sino una que implique claramente la voluntad del acreedor de obtener el pago y que se refiera o corresponda al derecho que se trata de exigir y no otra, de forma que actos que sólo pretendan recordar la existencia de la deuda no tienen virtud interruptiva”<sup>16</sup>. Para Emilio Rioseco, igualmente, “El término ‘demanda judicial’ del art. 2518 del Código Civil está precisado en su alcance por el art. 2503, inc. 1°, según el cual debe tratarse de ‘todo recurso judicial’. De aquí que la jurisprudencia mayoritaria reconoce en un sentido amplio al acto judicial interruptivo del acreedor y no limitado sólo a la demanda que define el art. 254 del Código de P.

<sup>12</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho Civil IV: De las obligaciones*, Universo, Santiago, 1958, t. II, p. 257.

<sup>13</sup> Larraín Ríos, Hernán, *Teoría General de las Obligaciones*, LexisNexis, 2002, p. 450, aunque no da mayores argumentos.

<sup>14</sup> Meza Barros, Ramón, *De las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, 8ª edic., Santiago, 1994, p. 501.

<sup>15</sup> Escribar Mandiola, Héctor, *De la prescripción extintiva civil*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1925, pp. 57-58

<sup>16</sup> Domínguez Águila, R., ob. cit., pp. 239-240.

Civil. Basta que implique el ejercicio de su derecho por el acreedor, que sale de inactividad”<sup>17</sup>. En igual sentido, Pablo Rodríguez sostiene que “la referencia a ‘demanda judicial’ del artículo 2518 inciso 3° está hecha a cualquier gestión contenciosa que implique el ánimo de hacer efectivo el derecho”<sup>18</sup>. En la obra de Vodanovic, sobre la base de las enseñanzas de Alessandri y Somarriva, se lee del mismo modo que “Para los efectos del artículo 2518 del Código Civil la expresión demanda está tomada en sentido amplio como petición, solicitud, reclamo formulado a los tribunales de justicia”<sup>19</sup>.

La jurisprudencia también se inclina por esta posición amplia. El completo estudio de Domínguez nos ahorra citar las sentencias que han impuesto este criterio, y que llevan a decir al tratadista que “nuestros tribunales han participado continuamente de este debate, y podemos concluir que ya es doctrina firme en las sentencias, el dar un concepto amplio a la expresión demanda, empleada por nuestro Código, aunque con algunas excepciones, más bien en fallos antiguos”<sup>20</sup>.

Acogiendo la tesis amplia se admite que son actos que interrumpen la prescripción extintiva las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, la preparación de la demanda civil en el proceso penal mediante las diligencias o medidas cautelares del art. 61 del Código Procesal Penal (art. 67 Código Procesal Penal), la solicitud de quiebra, las medidas prejudiciales, la gestión preparatoria del juicio ejecutivo de desposeimiento de la finca hipotecada del art. 758 del Código de Procedimiento Civil, la gestión preparatoria del art. 1377 del Código Civil y la presentación de un recurso de protección (sobre este último, cfr. C. Sup. , 28 de junio de 1987, *RDJ* t. 84, sec. 5ª, p. 217).

De conformidad con esta posición, en principio sería necesario un recurso ante una autoridad judicial, por lo que no habría interrupción por comunicaciones extrajudiciales ni por recursos o presentaciones planteadas ante la autoridad administrativa: “por tratarse de una demanda –dice Domínguez–, se niega ya todo efecto interruptivo a las reclamaciones extrajudiciales que haga el acreedor, aunque signifiquen un propósito de hacer valer el vínculo obligacional”<sup>21</sup>. Aunque el mismo autor propicia que nuestra legislación debería flexibilizarse en esta materia: “bien podrían

<sup>17</sup> Rioseco Enríquez, Emilio, *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 52.

<sup>18</sup> Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, t. II, p. 301.

<sup>19</sup> Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, Antonio, *Tratado de las obligaciones III*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2004, p. 208.

<sup>20</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 241. Ver igualmente la obra de Bustos Gómez, Ricardo, *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica La ley, Santiago, 2004, t. II, pp. 451 y ss.

<sup>21</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 229.

admitirse como actos de interrupción, reclamaciones extrajudiciales regladas, como ocurre con la denuncia de un siniestro en el seguro, o el requerimiento a los liquidadores. Pero hasta ahora nuestra legislación sigue exigiendo reclamación judicial, de modo que una reforma en la materia debería comprender también estas formas más flexibles de interrupción”<sup>22</sup>.

Pero, haciendo excepción a la regla de que se necesita recurso judicial, la jurisprudencia no ha excluido la posibilidad de que se interrumpa la prescripción cuando se interponen en protección de los derechos del acreedor reclamaciones ante autoridades administrativas que hayan sido legalmente reguladas, como vemos a continuación.

#### b) *Posibilidad de interrupción civil por recursos administrativos*

La idea de aceptar actos extrajudiciales como interrupciones civiles de la prescripción extintiva ha sido, sin embargo, aceptada por nuestros tribunales cuando es la misma ley la que condiciona la vía a la justicia para reclamar perjuicios a un proceso administrativo previo. La Corte Suprema ha declarado que el reclamo de ilegalidad en contra de la resolución del Alcalde deducido ante la Corte de Apelaciones, según lo previsto en el art. 5º transitorio del D.L. 1.289, antigua Ley Orgánica de Municipalidades, interrumpe la prescripción, ya que ese reclamo habilita al demandante para perseguir por la vía del juicio sumario los perjuicios que deban indemnizarse por la negativa de un permiso de construcción de una escuela. Según la Corte, “dicha reclamación de ilegalidad interrumpió la prescripción, toda vez que constituye evidente demostración de que la afectada no sólo no abandonó el ejercicio de sus derechos, sino que realizó ante la justicia ordinaria la gestión que la habilitaría para perseguir la indemnización de los perjuicios que experimentó” (C. Sup. 20 de julio de 1992, *RDJ* t. t. 89, sec. 1ª, p. 90).

En el mismo sentido, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Temuco: la excepción de prescripción debe rechazarse “porque la demandante dedujo oportunamente reclamación de ilegalidad..., reclamación de ilegalidad que interrumpió civilmente toda prescripción...” (C. Temuco, 11 de marzo de 1991, *RDJ* t. 88, sec. 2ª, p. 28).

Ramón Domínguez advierte que no le parece acertado el criterio de estos fallos porque el reclamo de ilegalidad es un acto administrativo y no judicial<sup>23</sup>.

A nuestro juicio, sin embargo, la exigencia de que se trate de una reclamación judicial, si bien correcta en el plano del derecho privado común, debe ser revisada a la luz del proceso especial de ejercicio y tutela

<sup>22</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 231.

<sup>23</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 259.



de ciertos derechos. Si la misma ley exige reclamo previo de ilegalidad para presentar la demanda, no se ve por qué no deba aceptarse que en ese proceso el reclamo administrativo posee efecto interruptivo de la prescripción<sup>24</sup>.

## 2. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

### a) *Justificación de un tratamiento especial de la interrupción civil*

Es manifiesto que tratándose de conflictos en la interpretación o aplicación de un contrato de concesión de obra pública existe un estatuto especial de solución de controversias que se aplica con preferencia a las reglas generales: arts. 35 y siguientes de la Ley de Concesiones, que constituyen su capítulo X titulado “Indemnizaciones y Resolución de controversias”.

Se trata de un sistema de solución de controversias que contempla un órgano distinto a los tribunales ordinarios, cual es, la Comisión Arbitral constituida en cada obra concesionada y que tiene por competencia conocer de las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato. Antes de la Comisión hay otro organismo que varía según el régimen aplicable a la concesión, si el anterior a la Ley N° 20.410: Comisión conciliadora, y o el posterior a su entrada en vigor: Panel Técnico.

Es lógico que la interrupción de la prescripción varíe según el modo en que la ley exige a las partes ejercer la acción de reclamación de perjuicios por un incumplimiento contractual. Debemos nuevamente examinar la duplicidad de regímenes establecido por la reforma de la Ley N° 20.410.

### b) *Interrupción en el régimen anterior a la Ley N° 20.410*

En este régimen, la ley prevé que, ante una controversia relativa a indemnizaciones o compensaciones, no puede el concesionario recurrir a la justicia ordinaria y demandar en juicio civil, sino que debe proceder, una vez constituida la controversia, a reclamar la intervención de la Comisión conciliadora, para que se proceda a una etapa de conciliación entre las partes.

Si la conciliación no se produce en el plazo de treinta días, el concesionario puede pedir que se constituya en Comisión Arbitral o recurrir ante la

<sup>24</sup> La jurisprudencia ha aceptado que el reclamo administrativo efectuado por el trabajador a la Inspección del Trabajo interrumpe la prescripción laboral de seis meses del art. 480 del Código del Trabajo. La Corte de Apelaciones de Rancagua se sustenta en que, tratándose de una prescripción de corto tiempo, no se necesitaría demanda sino sólo un requerimiento conforme al art. 2523 CC: C. Rancagua, 10 de junio de 2002, *Legal Publishing* N° 24575.

Corte de Apelaciones de Santiago. Si opta por lo primero, la Comisión procede según las normas fijadas para los árbitros arbitradores. Sólo una vez constituida la Comisión en arbitral será procedente que el reclamante formalice su pretensión a través de una demanda.

En este contexto, la interrupción civil de la prescripción no puede retrasarse al momento de la presentación (o notificación) de la demanda arbitral (o, en su defecto, al recurso judicial ante la Corte de Apelaciones), ya que la misma ley obliga al concesionario a someterse a una etapa anterior para poder acceder a la vía propiamente judicial. La interrupción debe atribuirse al menos a la presentación de la reclamación ante la Comisión conciliadora que tiene por objeto hacer valer el derecho del concesionario a reclamar las compensaciones o indemnizaciones.

No parece que pueda alegarse en contra que la Comisión conciliadora, antes de constituirse en tribunal arbitral, no es un órgano judicial, de modo que no se cumpliría el requisito de que la interrupción provenga de un acto judicial y no extrajudicial. En realidad, la Comisión conciliadora, aun cuando no se haya constituido en comisión arbitral, es una institución de carácter jurisdiccional y que realiza una función que también es encomendada por la ley a los jueces civiles. La doctrina especializada ha destacado que la Comisión conciliadora posee atribuciones que son claramente jurisdiccionales<sup>25</sup>. Por otra parte, sería inconsecuente y lesivo para los derechos del concesionario que el legislador le impusiera que, para recurrir a la justicia ordinaria (Corte de Apelaciones), deba someterse a un proceso de conciliación, y después le negara ese acceso porque en el tiempo intermedio se completó la prescripción de su derecho.

### c) *Régimen posterior a la Ley N° 20.410*

La cuestión anterior debe analizarse ahora frente a la desaparición de la Comisión Conciliadora y su reemplazo por el Panel Técnico. Hay varias diferencias que deben destacarse a nuestros efectos: en primer lugar, que el Panel Técnico no ejerce funciones de conciliación, sino de resolver discrepancias pero limitadas a temas técnicos o económicos; en segundo término, que la ley declara expresamente que este órgano “no ejercerá jurisdicción” (art. 36 inc. 2° LC); en tercer lugar, que su dictamen no tiene carácter vinculante ni para las partes ni para la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones (si bien lo podrán considerar como un antecedente para dictar sentencia). A estas diferencias, se debe añadir que la consulta del Panel Técnico no se impone a las partes sino que es una facultad (art. 36 inc. 1° LC), pero esto tiene una gran excepción que se observa en el art. 36 bis inc. 1° de la Ley que reza: “Los aspectos técnicos o económicos

<sup>25</sup> Figueroa, J. E., ob. cit., p. 81.

de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos al conocimiento y recomendación del Panel Técnico”.

Surge entonces la interrogante: ¿el requerimiento efectuado por alguna de las partes al Panel Técnico interrumpe civilmente la prescripción? El hecho de que la ley haya limitado su competencia sólo a los aspectos técnicos o económicos y haya declarado que no se trata de un órgano que ejerza jurisdicción, podría llevar a negar el efecto interruptivo de su consulta, si se siguiera la doctrina de que debe tratarse de una actuación judicial por la que se intenta ejercer la acción.

Pero nuevamente debemos hacer ver que estamos ante un procedimiento especial articulado en el ámbito del Derecho administrativo, por lo que deben ampliarse los conceptos de interrupción para no incurrir en absurdos que impidan a las partes utilizar este tipo de procedimientos por el temor de que se cumpla el plazo de prescripción de sus acciones.

Creemos que si la consulta al Panel Técnico es obligatoria para que las partes puedan llevar la controversia al conocimiento de la Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones, no debe haber duda en que la presentación al Panel interrumpe civilmente la prescripción. Estamos ante un acto que da cuenta de que el acreedor intenta exigir su derecho y sería injusto que prescribiera cuando está imposibilitado de demandar jurisdiccionalmente porque la ley se lo impide.

Más complejo resulta decidir si también se interrumpe la prescripción cuando se trata de una consulta facultativa. Pensamos, sin embargo, que si la ley permite a las partes recurrir a este medio para facilitar la solución de sus conflictos, sería absurdo que por otro lado las amenazara con la prescripción durante el tiempo que demore el Panel en decidir su recomendación. En tal caso, en verdad las partes no tendrían opción de pasar por el Panel y deberían recurrir inmediatamente a la Comisión o a la Corte para evitar que se cumpla el tiempo de la prescripción. Esto iría contra la finalidad del precepto legal. Por ello, concluimos que también en estos supuestos se producirá la interrupción de la prescripción aunque la consulta del Panel sea meramente facultativa.

Hay que advertir que cuando se suscite una controversia sobre incumplimiento de un contrato de concesión y las indemnizaciones que procedan, difícilmente no estarán envueltas en ella aspectos ya sea técnicos o económicos, por lo que la consulta al Panel Técnico será siempre necesaria para recurrir a la Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones.

#### d) *¿Interrupción por reclamación ante el Inspector Fiscal?*

La pregunta consiste en si puede sostenerse que la interrupción de la prescripción tiene lugar, no ya por demanda ante la Comisión Arbitral,

ni por requerimiento a la Comisión Conciliadora o Panel Técnico, sino por un acto de reclamación ante la autoridad administrativa por parte del concesionario antes de que recurra a la Comisión Conciliadora o al Panel Técnico.

Tanto el antiguo art. 36 como el nuevo art. 36 bis introducido por la Ley N° 20.410, distinguen entre “controversias” y “reclamaciones”: “las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución”.

No hay duda de que si se trata de reclamaciones la interrupción se producirá cuando ella se presente a la Comisión Conciliadora, al Panel Técnico o a la Comisión Arbitral, según el régimen aplicable a la concesión, pero ¿qué sucede con las “controversias”?

Para que pueda someterse al conocimiento de estos órganos una controversia, ésta debe haberse producido efectivamente por medio de actos formales en que las partes pongan de manifiesto su discrepancia sobre un asunto<sup>26</sup>. Como aquí una de las partes, es la Administración pública, aspecto que no debe olvidarse, parece necesario que la forma de constituir la controversia sea pidiendo un pronunciamiento claro y explícito, expresado en actos formales, sobre las pretensiones del concesionario. Para ello el concesionario deberá hacer una reclamación ante el MOP a través de la instancia que la regulación administrativa ha previsto para comunicarse oficialmente con la empresa concesionaria, esto es, el Inspector Fiscal. Debe aplicarse, en forma análoga, la sentencia de Corte Suprema de 28 de julio de 1987, *RDJ* t. 84, sec. 5ª, p. 217, ya citada, que estimó que un reclamo ante la autoridad administrativa, en la medida en que es necesario para que pueda el reclamante finalmente llegar a hacer valer su derecho ante la autoridad judicial, es suficiente para tener por interrumpida la prescripción civil.

La reclamación presentada por el concesionario ante el Inspector Fiscal no es una mera petición que puede o no tener efectos jurídicos. Es un acto jurídico regulado por el Derecho administrativo por el cual se requiere a la autoridad pública que dé satisfacción a un derecho que el particular afirma que le corresponde. Está regido, por tanto, por la Ley

<sup>26</sup> Téngase en cuenta que el art. 88 del Reglamento de la Ley de Concesiones, D. Sup. N° 956, señala que “la Comisión Conciliadora deberá pronunciarse cada vez que no exista acuerdo entre el MOP y la sociedad concesionaria, respecto de la procedencia o monto de alguna indemnización o compensación por causas establecidas en la Ley de Concesiones” y agrega que ello sucederá especialmente “cuando durante el período de construcción se hayan producido retrasos imputables al Fisco...”. Como puede observarse, la lógica de la disposición es que para que la Comisión Conciliadora pueda entrar a conocer del asunto, es necesario que se acredite formalmente la falta de acuerdo sobre la procedencia o monto de las indemnizaciones, es decir, que se haya trabado formalmente una discrepancia o controversia entre la autoridad y la empresa concesionaria.

Nº 19.980, de 2003, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Debe recordarse que el art. 8º de esta ley expresa el principio conclusivo y dispone que “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”. Si se efectúa un acto de reclamación ante el Estado, por medio de la autoridad que la ley le impone (toda comunicación debe efectuarse a través del Inspector Fiscal) para que el Ministerio se pronuncie, como autoridad y no como simple contraparte, sobre el derecho que como particular le asistía a obtener indemnización por la lesión a los derechos contractuales imputables al Ministerio de Obras Públicas, sólo con la respuesta oficial de éste, podría trabarse y definirse efectivamente una controversia que meritara ser llevada a conocimiento de la Comisión Conciliadora o el Panel Técnico, según los casos. Es lógico, justo y adecuado sostener, en consecuencia, que ese acto de requerimiento ante la autoridad pública, en el contexto especial del Derecho administrativo y más particularmente del sistema de concesiones de obra pública, cumple el rol y tiene los mismos efectos jurídicos que la interrupción civil de la prescripción por recurso judicial del Código Civil.

De esta forma, puede señalarse que la reclamación ante la autoridad administrativa competente debe considerarse un acto que interrumpe civilmente la prescripción de las acciones para pedir indemnización de los daños producidos por el incumplimiento del contrato de concesión.

## V. INTERRUPCIÓN NATURAL Y RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN

### 1. LA INTERRUPCIÓN NATURAL Y RENUNCIA TÁCITA DE LA PRESCRIPCIÓN: CONCEPTOS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

El art. 2518 inc. 2º del Código Civil establece que la prescripción “se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente”. En consecuencia, el reconocimiento, expreso o tácito, de la obligación por parte del deudor es suficiente para que se interrumpa el plazo de prescripción, si el reconocimiento se produce desde que se hizo exigible la obligación y hasta antes de vencer el plazo legal establecido.

La renuncia de la prescripción procede sólo una vez cumplido el plazo legal. La renuncia puede ser expresa o tácita. El art. 2494 del Código Civil dispone que “renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho... del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, ... el que debe dinero paga intereses o pide plazo”.

La doctrina ha puesto de relieve que los mismos actos pueden ser constitutivos de interrupción natural o de renuncia de la prescripción, con la única diferencia del momento en que se producen<sup>27</sup>.

Por eso, si existen actos de reconocimiento de la deuda mientras se encuentra pendiente el plazo de prescripción podremos decir que esta se ha interrumpido naturalmente. En cambio, si el acto de reconocimiento se produce después de vencido el plazo, estaremos frente a una renuncia tácita de la prescripción ya cumplida.

## 2. ACTOS DE RECONOCIMIENTO QUE PUEDEN CONSTITUIR INTERRUPCIÓN NATURAL O RENUNCIA TÁCITA

La doctrina ha precisado que “el legislador no ha reglamentado la forma en que se interrumpe naturalmente la prescripción, en consecuencia, puede tratarse de cualquier acto del deudor, uni o bilateral, destinado al exclusivo objeto de reconocer la deuda o a otro diferente”<sup>28</sup>. Por ello, se precisa que “en cualquier forma que el reconocimiento se haga, sea por escrito sea verbalmente, en virtud de convención, etc., es siempre válido, porque la ley no lo ha sometido a formalidades especiales”<sup>29</sup>.

Con mayor detenimiento, Domínguez Águila llega a la conclusión de que el reconocimiento que interrumpe naturalmente la prescripción, aunque pueda contenerse en una convención, es siempre unilateral y no recepticio, en el sentido de que no necesita que sea aceptado por el acreedor<sup>30</sup>.

No se requiere que el deudor proceda con el propósito o la intención específica de reconocer la deuda. Siguiendo a la doctrina italiana, Domínguez sostiene que basta que el acto sea voluntario, sin que sea requisito que además tenga una específica intención de reconocimiento. De este modo, “aunque el acto haya tenido en vista una finalidad diversa, habrá interrupción si en él contiene un reconocimiento, cualquiera haya sido la intención del que lo hace”<sup>31</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema casó una sentencia de la Corte de Valparaíso que rechazó el carácter interruptivo de una carta por la cual el deudor pedía condonación parcial de la obligación por entender que no bastaba el reconocimiento de la deuda sino que se exigía la intención de pagar; este predicamento fue considerado contrario al art. 2518 CC

<sup>27</sup> Abeliuk, Manasevich, René, *Las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2001, t. II, p. 1096; Domínguez, R., ob. cit., p. 296.

<sup>28</sup> Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 1096.

<sup>29</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., t. III, p. 208.

<sup>30</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 288. La Corte Suprema ha declarado que “La interrupción natural se trata siempre de un acto unilateral, que no requiere de aceptación del acreedor para su perfeccionamiento” (C. Sup. 7 de julio de 2009, *Legal Publishing* N° 42345).

<sup>31</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 290.

que sólo exige voluntad de reconocer por lo que la Corte aceptó la carta de solicitud de condonación como interrupción de la prescripción (C. Suprema, 29 de abril de 2008, *Legal Publishing* N° 38905).

La jurisprudencia ha juzgado que la interrupción natural o renuncia tácita se produce en distintos casos. Por ejemplo, una sentencia declara que renuncia tácitamente la prescripción el deudor que, en vez de oponerla, al absolver posiciones contesta que siempre ha reconocido la deuda pero alega que está dispuesto a pagar lo que en conciencia deba pero no la indebida cantidad que se le cobra (Sentencia de primera instancia con apelación declarada desierta por la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de julio de 1865, *Gaceta de los Tribunales* 1865, N° 1339, p. 558). También se juzga que son actos de interrupción abonos hechos a la deuda (C. Santiago, 4 de septiembre de 1990, *RDJ* t. 87, sec. 2ª, p. 177), el ofrecimiento del gerente de la demandada a los trabajadores demandantes de pagarles sin necesidad de juicio, lo que después fue retractado (C. Santiago, 22 de junio de 1983, *RDJ* t. 80, sec. 3ª, p. 96), la constitución de garantías, pago de intereses, solicitud de repactación (C. Sup. 27 de junio de 1991, *FM* N° 391, 3, p. 194) y la inclusión por parte de los herederos de la deuda al practicarse el inventario solemne de los bienes del causante (C. Sup., 8 de noviembre de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 384)<sup>32</sup>.

Se ha dicho que aplica correctamente la ley la sentencia que resuelve que ciertos documentos “no han podido interrumpir naturalmente la prescripción, por cuanto versan sobre deudas que difieren en cuanto a su origen y monto respecto de lo que cobra en autos, de forma que no puede saberse con certeza si se trata o no de una misma obligación” (C. Sup., 13 de octubre de 1988, *RDJ* t. 85, sec. 1ª, p. 179). Como se ve, en este caso el problema era que no se alcanzaba a precisar si se trataba o no de la misma deuda. Pero si esta incertidumbre no se produce, se sostiene sin problemas que hay interrupción si se reconoce la deuda pero se objeta su monto<sup>33</sup>.

#### 4. INTERRUPTIÓN NATURAL O RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN POR SILENCIO CIRCUNSTANCIADO

El reconocimiento debe provenir de un acto y no del simple silencio del deudor, “a menos que éste estuviere rodeado de circunstancias que permitan entenderlo como aceptación”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Rioseco, E., ob. cit., p. 62, piensa que en este caso el reconocimiento es expreso.

<sup>33</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 294, escribe que en el caso fallado por la Corte Suprema hubiera sido más aceptable dar por interrumpida la prescripción, “como han señalado otros fallos en situaciones similares en que se reconoce la deuda y se objeta el monto”.

<sup>34</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 293.

De este modo puede haber un silencio que por las circunstancias que lo rodean equivalga para estos efectos a una interrupción o renuncia. Comentando la sentencia de C. Santiago de 21 de septiembre de 1978, *RDJ* t. 75, sec. 2ª, p. 518, que sostuvo que hay interrupción si el demandado no ha negado ni ha desconocido la existencia de la prescripción, Domínguez sostiene: “Pero la doctrina es discutible, porque el reconocimiento, aun tácito, implica en todo caso una manifestación de voluntad, aunque deducida de un comportamiento activo y no de un mero silencio”, pero hace la siguiente salvedad, “a menos que éste estuviere rodeado de circunstancias que permitan entenderlo como aceptación”<sup>35</sup>.

De esta manera, podemos entender que la falta de declaración que manifieste una voluntad contraria a la subsistencia de la obligación, si procede en un contexto de circunstancias y de actos intercambiados entre las partes, que pueden ser interpretados como un reconocimiento tácito de la existencia de la obligación, es una conducta reticente que constituye una interrupción natural de la prescripción. Lo mismo puede decirse respecto de la renuncia de la prescripción si este silencio circunstanciado que implica aceptación, se produce después de haberse cumplido el plazo legal de la prescripción.

5. ¿PUEDEN LAS ACTUACIONES DEL INSPECTOR FISCAL CONSTITUIR ACTOS DE RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA QUE COMPROMETAN AL ESTADO?

Ya hemos analizado el rol que desempeña el Inspector Fiscal en el sistema de concesiones. Ahora debemos analizar si tiene la facultad para efectuar actos de reconocimiento de la deuda que constituyan interrupción natural o renuncia de la prescripción, y si tendría la representación del Ministerio de Obras Públicas para estos efectos<sup>36</sup>.

La pregunta que cabe formularse, entonces, es si el reconocimiento de que el Estado ha incumplido algunas de sus obligaciones derivada del contrato de concesión que supervisa y que por ello se han producido daños, pertenece al ámbito de atribuciones y competencias concedidas por la normativa al Inspector Fiscal.

A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa. Es más, es la autoridad que con más propiedad puede efectuar un acto de este tipo ya que es quien más cerca está del conocimiento de las circunstancias

<sup>35</sup> Domínguez, R., ob. cit., p. 293.

<sup>36</sup> Al respecto cabe constatar que se ha discutido, incluso respecto de las personas naturales, si el acto de reconocimiento requiere capacidad de ejercicio. Cfr. Meza Barros, Ramón, *De la interrupción de la prescripción extintiva civil*, Universo, Santiago, 1936, pp. 63 y ss., quien llega a la conclusión de que ello depende del tipo de acto que constituye el reconocimiento.



de realización de la respectiva obra. La idea de que el Inspector Fiscal pueda efectuar este reconocimiento en cuanto autoridad del Estado es perfectamente congruente con su calidad de funcionario público con atribuciones tan fuertes y enérgicas como las que se han mencionado. Si el Inspector Fiscal puede dar órdenes o imponer sanciones actuando a nombre del Estado, ¿por qué caería fuera de la órbita de sus competencias y poderes el reconocer que ha sido el Estado el que no ha cumplido con sus deberes contractuales?

Debe recordarse que la empresa concesionaria por imperativo jurídico sólo puede dirigirse con sus propuestas e inquietudes al Inspector Fiscal, ya que según el art. 38 N° 2 del D. Sup. N° 956, "Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del Inspector Fiscal...". Si esto es así para el concesionario, y por tanto cualquier cosa que manifieste al Inspector le es imputable y le obliga, ¿por qué habría de ser diferente respecto de las comunicaciones que le dirija el Inspector Fiscal? El principio de igualdad y de equilibrio entre las partes del contrato impide que se desconozcan los actos y actuaciones del Inspector cuando estos benefician al concesionario.

Se podría decir, en contra, que es necesario que la autoridad que reconoce la obligación de reparar tenga poderes para representar al Estado. La verdad es que toda autoridad en el ámbito de sus funciones representa o más bien personifica (teoría del órgano) al Estado, por lo que el Inspector Fiscal en este sentido es representante del Estado. Si lo que se quiere decir es que debe tener el poder general de representar al Estado para celebrar actos jurídicos, deberíamos llegar al absurdo que ni siquiera el Ministro de Obras Públicas podría efectuar actos de interrupción natural o renuncia de la prescripción, puesto que ni esta autoridad cuenta con tales poderes (cfr. arts. 4 y 5 del D.F.L. N° 850, Ministerio de Obras Públicas, 12 de septiembre de 1997, D. Of. 25 de febrero de 1998).

Debe recordarse que el acto de reconocimiento que constituye interrupción o renuncia no es un contrato ni un acto jurídico unilateral *recepticio*, para el cual se requieran poderes formales. Es un acto unilateral que pone de manifiesto que la obligación existe. Basta, en consecuencia, tratándose de una persona jurídica, que sea imputable a un órgano de esta, aun cuando no tenga la facultad para representar a la institución en la celebración de convenios y contratos. La interrupción o renuncia operaría como un acto similar o análogo al que produce la obligación de responder de la persona jurídica por los daños causados a terceros. No se exige en estos casos poderes formales de representación, sino que el individuo haya actuado como órgano de la persona jurídica y en el ámbito de sus competencias y atribuciones.

Así como por actos u omisiones del Inspector Fiscal, siendo un funcionario público, se vería comprometida la responsabilidad de derecho

público del Estado por falta de servicio, si en el ámbito de sus funciones produce daño a terceros, y nadie alegaría en contra que carece de la representación del Estado para obligarlo de esta forma, del mismo modo es factible imputar al Estado los reconocimientos que haga en las relaciones que debe mantener con las empresas concesionarias que supervisa.

Cabe aquí emplear el argumento *a fortiori*, en su versión de quien puede lo más puede lo menos. Si el Inspector Fiscal puede con sus actos obligar al Estado a indemnizar daños causados por falta de servicio, con mayor razón sus actos podrán, ya no crear nuevas obligaciones, sino simplemente reconocer obligaciones preexistentes.

En este mismo sentido, pero en el ámbito del Derecho privado, hay que tener en cuenta que en la responsabilidad contractual el deudor no sólo es responsable por sus propios hechos, sino también por el hecho ajeno y concretamente de sus auxiliares o dependientes, sin que pueda exonerarse de responsabilidad probando que obraron sin el consentimiento o conocimiento del principal. El art. 1679 del Código Civil dispone que “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. La doctrina señala que por esta disposición el deudor responde por los hechos de “sus dependientes y demás personas que el deudor emplee para el cumplimiento de su obligación”<sup>37</sup>. Nuevamente, *a fortiori*, si el Inspector Fiscal es dependiente o auxiliar del Fisco-Ministerio de Obras Públicas, su hecho o culpa es reputado como un hecho o culpa de dicho Fisco-Ministerio de Obras Públicas, con mayor razón será reputado hecho de este último el reconocimiento de incumplimiento de las obligaciones del deudor del cual depende y es auxiliar.

Por último, debe sostenerse que la competencia del Inspector Fiscal para efectuar reconocimientos válidos en cuanto a incumplimientos y compensaciones puede bien derivarse del principio de buena fe contenido en todo contrato conforme al art. 1546 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta, según este precepto, que el contrato integra también contenidos normativos que no están en su texto y que provienen de la naturaleza del compromiso (“la obligación”), o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Tanto por la naturaleza de las obligaciones y deberes emanados del contrato de concesión de obra pública como por los usos que la práctica ha impuesto, es el Inspector Fiscal quien representa y hace las veces del Estado de cara al concesionario. Sería contrario al equilibrio y la simetría del contrato, que se reconociera esto sólo en perjuicio del concesionario (cuando se trata de órdenes, sanciones) y que no operara en su beneficio, por ejemplo, cuando el Inspector ha reconocido deberes del Estado para con el concesionario.

---

<sup>37</sup> Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 755.