



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Prescripción extintiva

Estudios sobre su procedencia y
funcionamiento en Derecho Público
y Privado

JORGE WAHL SILVA

JOSÉ PABLO VERGARA BEZANILLA

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

HERNÁN CORRAL TALCIANI

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ

CRISTÓBAL GONZÁLEZ OGAZ

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

JAIME VARELA CHARME

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

Hernán Corral Talciani

EDITOR



2 0 1 1

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 21



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Prescripción extintiva

Estudios sobre su procedencia
y funcionamiento en
Derecho Público y Privado

Jorge Wahl Silva
José Pablo Vergara Bezanilla
Fabián Elorriaga De Bonis
Hernán Corral Talciani
Juan Ignacio Contardo González
Cristóbal González Ogaz
Juan Carlos Flores Rivas
Jaime Varela Charme
Alejandro Romero Seguel
Gustavo Balmaceda Hoyos

Hernán Corral Talciani
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 21 (2011)
Prescripción extintiva

CIP - Universidad de los Andes

Prescripción extintiva: estudios sobre su procedencia y funcionamiento
en Derecho Público y Privado / Jorge Wahl Silva ... [et al.]. ; Hernán Corral
Talciani, editor.

p. ; cm. (Cuadernos de Extensión Jurídica 21)

1.- Prescripción extintiva – Chile . I.- Wahl Silva, Jorge
Adolfo. II.- Corral Talciani, Hernán Felipe, ed. II.- ser.

CDD 22

347.83075

2011

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la
Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de
Chile).

Director: Jorge Bararona González

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio
Piña Rochefort, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.

Secretario de redacción: Gustavo Balmaceda Hoyos

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-66-2

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 211.850

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus
partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna
forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u
otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2011 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

JORGE WAHL SILVA

Máster en Derecho Universidad de Duke
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

JOSÉ PABLO VERGARA BEZANILLA

Licenciado en Derecho Universidad de Chile
Abogado asesor Sección Civil
Consejo de Defensa del Estado

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

Doctor en Derecho Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ

Magíster en Investigación Jurídica
Universidad de los Andes

CRISTÓBAL GONZÁLEZ OGAZ

Master of Laws, Universidad de Columbia
Profesor de Micro y Macroeconomía
Universidad de los Andes

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

Licenciado en Derecho Universidad de los Andes
Alumno del Programa de Doctorado en Derecho
Universidad de los Andes

JAIME VARELA CHARME

Business Law, University of Toronto

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad de los Andes

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho Universidad de Navarra

Profesor Derecho Procesal

Universidad de los Andes

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

Doctor en Derecho Penal Universidad de Salamanca

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal

Universidad de los Andes

PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD: SANEAMIENTO POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y SUPUESTA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD

Jorge Wahl Silva

I. Fuentes legales y planteamiento	17
II. Doctrina y jurisprudencia chilenas.....	18
III. Nuestra opinión.....	20

ACEPTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DE QUE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EMPIEZA A CORRER DESDE LA PERPETRACIÓN DEL ACTO ILÍCITO Y NO A CONTAR DE LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

José Pablo Vergara Bezanilla

I. Planteamiento	25
II. Tesis contrapuestas.....	25
III. La jurisprudencia reciente.....	29
IV. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de 1 de agosto de 1967	36

DEL DÍA DE INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA CUANDO EL PERJUICIO SE HA MANIFESTADO CON POSTERIORIDAD AL HECHO QUE LO ORIGINA

Fabián Elorriaga De Bonis

I. El problema	39
II. La regla del artículo 2332 del Código Civil.....	40
III. La cuestión del cómputo del plazo de cuatro años en la doctrina civilista actual.....	41
IV. Los argumentos	42
1. Los requisitos de la responsabilidad extracontractual	42
2. No debe admitirse una interpretación que conduzca a un absurdo	44
3. A lo imposible nadie está obligado.....	45
4. No es cierto el argumento histórico invocado en de- fensa de la tesis contraria	46
5. Las reglas de interpretación conducen a que la pres- cripción del artículo 2332 del Código Civil se inicia cuando existe perjuicio.....	48

6. Una interpretación armónica impone que la prescripción del artículo 2332 del Código Civil se compute desde que se presenta el daño.....	49
7. La institución de la prescripción requiere de una interpretación restringida	50
8. Los fundamentos de la prescripción extintiva exigen que ella no se inicie en tanto no haya verdadera inactividad de la víctima.....	51
9. La doctrina y jurisprudencia de Italia y Argentina han llegado a la misma conclusión	52
10. Normas expresas de Derecho comparado recogen el principio.....	53
V. El problema en la jurisprudencia	54
VI. Conclusiones.....	60

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

Hernán Corral Talciani

I. Contexto normativo.....	63
1. El contrato de concesión	63
2. Sistema especial de resolución de controversias. Dos regímenes	65
a) Normativa aplicable a contratos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410	65
b) El sistema creado por la reforma de la Ley N° 20.410	66
3. El rol del Inspector Fiscal	66
II. Reglas de prescripción aplicables a la responsabilidad por incumplimiento del contrato sujeto a la Ley de concesiones	68
1. Régimen anterior a la vigencia de la Ley N° 20.410...	68
2. Régimen posterior a la vigencia de la Ley N° 20.410...	69
III. Plazo de la prescripción e inicio de su cómputo.....	72
1. Régimen anterior a la Ley N° 20.420.....	72
2. Régimen posterior a la Ley N° 20.410.....	73
a) Incumplimientos ocurridos en la etapa de construcción	
b) Incumplimientos ocurridos en la etapa de explotación	73
3. Un caso especial.....	74
IV. Interrupción civil de la prescripción	75
1. La interrupción civil de la prescripción en el Código Civil	75
a) La discusión sobre el sentido de “demanda judicial”	75
b) Posibilidad de interrupción civil por recursos administrativos.....	78

2. La interrupción de la prescripción en el sistema de concesiones de obras públicas.....	79
a) Justificación de un tratamiento especial de la interrupción civil	79
b) Interrupción en el régimen anterior a la Ley N° 20.410	79
c) Régimen posterior a la Ley N° 20.410	80
d) ¿Interrupción por reclamación ante el Inspector Fiscal?	81
V. Interrupción natural y renuncia de la prescripción.....	83
1. La interrupción natural y renuncia tácita de la prescripción: conceptos, similitudes y diferencias	83
2. Actos de reconocimiento que pueden constituir interrupción natural o renuncia tácita.....	84
4. Interrupción natural o renuncia a la prescripción por silencio circunstanciado.....	85
5. ¿Pueden las actuaciones del Inspector Fiscal constituir actos de reconocimiento de la deuda que comprometan al Estado?	86

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Juan Ignacio Contardo González

I. Introducción	89
II. Régimen de la prescripción de la acción civil indemnizatoria en la LPDC	90
1. Ausencia de una norma específica sobre prescripción de la acción de la responsabilidad <i>civil</i> del proveedor y sus posibles formas de integración.....	90
2. Casos de extinción de acciones por transcurso de un plazo regulados expresamente por la LPDC	91
a) La prescripción de la acción infraccional	91
b) Los plazos para el ejercicio de la garantía legal	92
III. La determinación jurisprudencial de las reglas aplicables a la prescripción de las acciones indemnizatorias en la LPDC	92
1. Tendencia mayoritaria: sometimiento de la prescripción de la acción civil a la infraccional.....	93
2. La tendencia minoritaria: la distinción entre las acciones civiles e infraccionales	95
IV. Configuración jurisprudencial de las reglas de prescripción de la acción civil indemnizatoria basadas en la responsabilidad infraccional del proveedor	98
1. La fecha de inicio para el cómputo del plazo.....	98
a) Inicio del plazo de prescripción comienza desde la infracción a la LPDC	99

b) Inicio del plazo de prescripción comienza desde el conocimiento del deudor de la infracción a la LPDC.....	99
c) Inicio del plazo de prescripción desde la fecha del contrato.....	101
d) Caso de intereses que exceden el máximo convencional	102
2. La interrupción de la prescripción	102
a) Interrupción por la sola interposición de la querella infraccional	102
b) Incompetencia del tribunal no obsta a la interrupción de la prescripción	103
c) Confusión entre interrupción de la prescripción y comienzo del plazo de prescripción.....	104
3. Suspensión de la prescripción.....	104
a) Régimen de la suspensión de la prescripción en la LPDC.....	104
b) ¿Un caso especial de suspensión de la prescripción?.....	105
4. Prescripción y extinción de la garantía legal.....	105
V. Conclusiones.....	106
Jurisprudencia citada.....	107

PREScripción DE LA ACCIÓN POR INFRACCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

Cristóbal González Ogaz

I. La libre competencia.....	111
II. Infracción a la libre competencia.....	113
III. Naturaleza Jurídica del Ilícito Anticompetitivo	115
IV. Prescripción extintiva	116
V. Prescripción extintiva en el Decreto Ley N° 211	118
a) Infracciones a la libre competencia	118
b) Infracción especial de colusión.....	120
c) Medidas que ordene el Tribunal	120
d) Acción civil que emana de una infracción a la libre competencia	120
VI. Cómputo del plazo de la prescripción extintiva de la acción por infracción a la libre competencia	120
1. El cómputo del plazo en Derecho Penal.....	121
2. El cómputo del plazo en el Derecho Civil	121
3. Criterio fijado por el Tribunal para el cómputo del plazo de prescripción	122

4. Aplicación en ilícitos antimonopólicos específicos del criterio para el cómputo del plazo de prescripción...	126
a) Práctica concertada o acuerdo entre competidores ...	126
b) Explotación abusiva de posición dominante.....	127
c) Confusión y aprovechamiento de reputación ajena en competencia desleal	128
VII. Conclusión.....	128

PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS SANITARIAS ANTE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Juan Carlos Flores Rivas

I. Regulación normativa de la potestad sancionadora sanitaria.....	131
II. La prescripción extintiva en el Derecho administrativo...	133
III. Algunas notas del Derecho administrativo sancionador y las sanciones administrativas.....	135
IV. Prescripción de las sanciones administrativas sanitarias..	140
1. Jurisprudencia de la Contraloría General de la República	140
2. Jurisprudencia judicial.....	142
3. Ensayo de una línea jurisprudencial	144
V. Conclusiones.....	146

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA LABORAL EN CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Jaime Varela Charme

I. Objeto de este trabajo.....	147
II. Diversas posiciones jurisprudenciales.....	148
III. Posición que distingue según origen y naturaleza de acciones y derechos.....	149
IV. Posición que distingue según si el contrato está vigente.....	152
V. Posiciones respecto al alcance de la interrupción de la prescripción extintiva en materia laboral.....	155
1. La prescripción en materia laboral se interrumpe con la notificación válida de la demanda	155
2. Es suficiente el solo requerimiento para interrumpir la prescripción laboral	156
VI. Conclusiones.....	159

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA: LA ACCIÓN DE MERA DECLARACIÓN
PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA “SENTENCIA FICTA TRIBUTARIA”

Alejandro Romero Seguel

I. Los privilegios procesales del Fisco	161
II. La acción de declaración de prescripción para contrarrestar los efectos de la “sentencia ficta tributaria”	163
1. El privilegio surgido en beneficio de un proceso especial	163
2. El privilegio generado en relación a la prescripción ..	165
3. El mito de la “sentencia ficta tributaria”	166
4. La acción de mera declaración	167
5. La jurisprudencia <i>pro libertatis</i>	168

LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Gustavo Balmaceda Hoyos

I. Introducción	175
II. Fundamentos y naturaleza jurídica	176
1. Fundamentos	176
2. Naturaleza jurídica	179
III. Prescripción de la acción penal	181
1. Plazo de prescripción	181
2. Momento en que se inicia el plazo de prescripción ..	182
3. Interrupción y suspensión de esta clase de prescripción	185
4. Prescripción de la acción penal y proceso penal	187
IV. Prescripción de la pena	187
1. Plazo de prescripción	187
2. Momento en que se inicia el plazo de prescripción ..	188
V. Reglas comunes a ambas clases de prescripción	189
1. Casos de ausencia del territorio nacional	189
2. Carácter igualitario de las normas sobre prescripción	190
3. Declaración de oficio de la prescripción	190
4. La media prescripción	191
5. La prescripción de la reincidencia	191
6. La prescripción de las inhabilidades	192
7. Prescripción de la acción civil derivada del delito	192
VI. Prescripciones especiales	194
VII. Conclusiones	194
Bibliografía citada	195

PRESENTACIÓN

Después de sacar adelante Cuadernos de Extensión Jurídica N° 20, bajo la edición de la profesora María Sara Rodríguez, nos pareció necesario renunciar a la dirección de esta publicación periódica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, entre otras razones para así verificar cómo ella subsistiría aunque cambiaran las personas que tuvieran la responsabilidad de dirigirla. El Consejo de Facultad tuvo a bien aceptar la renuncia y nombró como director al profesor y Decano Jorge Baraona. Pero el nuevo director nos pidió inmediatamente que nos hicieramos cargo, ahora como editores, del número que corresponde al segundo semestre del 2011, e incluso nos sugirió el tema: la prescripción extintiva en sus diversas manifestaciones en el Derecho, tanto público como privado.

Debemos reconocer que nos sentimos inhibidos para rechazar el ofrecimiento al ver que el profesor Baraona tenía la disponibilidad para asumir la dirección de los Cuadernos, a pesar de toda la carga de trabajo que ya significa el Decanato. Pero sobre todo lo que nos llevó a aceptar el desafío fue el tema sugerido.

Es verdad que la prescripción ha sido objeto de importantes obras en la literatura jurídica chilena. Desde las tempranas de Héctor Escribar, De la prescripción extintiva civil, 1926 y de Pedro Lira Urquieta, Las prescripciones de corto tiempo en el Derecho Civil, Imprenta Chile, Santiago, 1926, hasta algunas más modernas como la de Emilio Rioseco, La prescripción extintiva ante la jurisprudencia, 1994 y la reciente de Ramón Domínguez Águila, La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia, Santiago, 2004. Pero todas ellas se refieren a la institución en el Derecho Civil, cuando la prescripción de las acciones y las obligaciones tiene manifestaciones prácticamente en todas las ramas del Derecho.

Por eso en esta obra hemos querido complementar los estudios relativos a algunos puntos específicos de la prescripción en materias de Derecho Civil, con otros referidos al análisis de la prescripción en el Derecho del Consumidor, el Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo, el Derecho de la Libre

Competencia, el Derecho Procesal y Tributario y el Derecho Penal.

Se han insertado al comienzo los trabajos relacionados con la prescripción civil, que puede ser la más conocida. Así aparece el estudio de Jorge Wahl sobre la prescripción de la acción de nulidad y concretamente sobre la pretendida imprescriptibilidad que tendría la excepción de nulidad (“Prescripción y nulidad: saneamiento por el transcurso del tiempo y supuesta imprescriptibilidad de la excepción de nulidad”). Prosiguen dos trabajos que ponen de manifiesto las posiciones divergentes que se presentan hoy respecto del momento inicial del cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad por delito o cuasidelito civil. En primer lugar, defiende la posición clásica fundada en la expresión “perpetración del acto” del art. 2332 del Código Civil el distinguido abogado del Consejo de Defensa del Estado José Pablo Vergara Bezanilla (“Aceptación jurisprudencial de la doctrina de que la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual empieza a correr desde la perpetración del acto ilícito y no a contar de la producción del daño”); y luego ofrece sus argumentos el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Fabián Elorriaga para sostener la tesis innovadora de que el cómputo debe realizarse desde la producción del daño y no desde la realización de la conducta ilícita (“Del día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina”).

Ya en una zona en la que se mezclan las disposiciones civiles con las reglas del Derecho administrativo, quien suscribe analiza el funcionamiento de la prescripción extintiva de la responsabilidad por incumplimiento de contratos por los que se concede la construcción y explotación de una obra pública (“La prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de incumplimiento de contratos de concesiones”).

Los restantes estudios se refieren a áreas específicas del derecho privado y del derecho público. En materia de Derecho de Consumo, el profesor Juan Ignacio Contardo realiza una sistematización e interpretación de la jurisprudencia emanada de los juzgados de Policía Local y de las Cortes sobre la prescripción de la acción indemnizatoria de perjuicios causados al consumidor por alguna infracción a la Ley N° 19.496 (“Prescripción de la acción indemnizatoria en la ley de protección al consumidor: tendencias jurisprudenciales”).

En lo referido a infracciones propias de la libre competencia, el profesor Cristóbal González expone sus clasificaciones y

principales características (“Prescripción de la acción por infracciones a la libre competencia”), y da cuenta de las dificultades para fijar criterios que determinen el inicio de la prescripción dada la conexión y continuidad de las conductas constitutivas de atentados a la libre competencia.

La prescripción administrativa, esta vez focalizada en el área de las sanciones sanitarias, es objeto del estudio, también jurisprudencial, del profesor Juan Carlos Flores (“Prescripción de las sanciones administrativas sanitarias ante la jurisprudencia administrativa y judicial”). En este artículo se expone la jurisprudencia que emana de los Dictámenes de la Contraloría General de la República, junto con aquella que proviene de los tribunales ordinarios.

La prescripción de las acciones que derivan del contrato de trabajo tiene una gran importancia teórica y práctica. Por ello resulta de interés el análisis del profesor Jaime Varela sobre la prescripción regulada en el artículo 510 del Código del ramo (“La prescripción extintiva laboral en conformidad al artículo 510 del Código del Trabajo”).

No podía faltar la prescripción de las acciones tributarias, para la cual el profesor de Derecho Procesal Alejandro Romero propone una herramienta eficaz para evitar o neutralizar los perjuicios de lo que denomina “sentencia ficta tributaria” (“Sobre la prescripción tributaria: La acción de mera declaración para contrarrestar los efectos de la ‘sentencia ficta tributaria’”).

Finalmente, el profesor Gustavo Balmaceda nos ofrece un completo panorama, con doctrina y jurisprudencia, de las diversas formas de presentación de la prescripción extintiva en el plano del Derecho penal (“La prescripción en el Derecho penal chileno”).

Claramente, aunque son numerosos, los artículos que componen este volumen no agotan ni pretenden agotar todas las formas de presentación de esta institución, pero sí ponen de relieve la naturaleza global y multifacética que tiene la prescripción extintiva en el sistema jurídico.

Esperamos que esta misma amplitud de análisis, así como los contenidos de cada uno de los estudios, puedan ser de utilidad no sólo para los académicos, sino para quienes tienen la misión de defender o juzgar si la prescripción tiene o no lugar en una determinada y concreta situación, como son los abogados y los jueces. Ellos, como siempre, tienen la última palabra.

*Hernán Corral Talciani
30 de septiembre de 2011*

PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD: SANEAMIENTO POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO Y SUPUESTA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD

JORGE WAHL SILVA

Máster en Derecho Universidad de Duke

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. FUENTES LEGALES Y PLANTEAMIENTO

Para analizar la cuestión que nos hemos propuesto en este trabajo debemos revisar las normas que constituyen las fuentes legales. Son dos preceptos del Código Civil: los arts. 1683 y 1684.

Según el primero “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años”. (art. 1683 CC).

El segundo dispone que “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos y cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de partes”. (art. 1684 CC).

Vemos que el Código Civil no establece una norma específica en cuanto a si la acción y la excepción de nulidad tienen un plazo específico de prescripción, limitándose a establecer que su saneamiento se logrará por cierto lapso, 10 años para la absoluta, 4 años para la relativa.

En cuanto a la acción, Arturo Alessandri Besa señala que “nadie discute que, transcurrido el plazo de diez años establecido en el artículo 1683 del

Código Civil, la acción de nulidad se extingue y no puede ser deducida eficazmente en juicio ni por vía de demanda, ni de reconvención; tal es el efecto de la prescripción extintiva de las acciones personales y ya hemos dicho que el saneamiento de esta nulidad por el transcurso del tiempo importa, en el hecho, la prescripción de esa especie”¹.

Sin embargo, respecto de la excepción de nulidad, el asunto no queda del todo claro, y la literatura jurídica y jurisprudencia chilena dan lugar a una interesante discusión al respecto.

II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS

De acuerdo a Ramón Domínguez Águila, “el Código define y trata la prescripción de las acciones judiciales. Pero nada ha dicho de las excepciones, con lo cual podría simplemente concluirse que las excepciones no prescriben. Tal pareciera ser la conclusión que traduce el antiguo brocardico ‘*Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*’ (Lo que da lugar a una acción temporaria, da lugar a una excepción perpetua)”².

Esta regla en palabras de Domínguez “habría tenido justificación en materia de nulidad, por consideraciones procesales, desde que allí eran cosa diversa el derecho y la acción que lo sancionaba. En materia de dolo, la excepción era perpetua, como lo era la acción para obtener la ejecución del contrato a la que aquéllas se oponían. Ella ha sido aplicada en el derecho comparado y en especial en el francés, a propósito de la nulidad. Allí se dice que si bien pueda haber prescrito la acción para demandar la declaración de un acto, los contratantes conservan no obstante la facultad de alegar la nulidad en el evento que, con posterioridad al plazo de prescripción, la contraparte pretendiese exigir el cumplimiento del negocio jurídico, oponiéndole la excepción de nulidad”³.

El mismo Domínguez añade que “en el derecho francés se dice que si bien pueda haber prescrito la acción para demandar la declaración de un acto, los contratantes conservan no obstante la facultad de alegar la nulidad en el evento que, con posterioridad al plazo de prescripción, la contraparte pretendiese exigir el cumplimiento del negocio jurídico, oponiéndole la excepción de nulidad. Y se le ha justificado en este ámbito, sobre la base que de otro modo se permitiría la ejecución de actos en contra de las reglas que los protegen, sea el orden público o las personas,

¹ Alessandri Besa, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 2008, t.II, p. 220.

² Domínguez Águila, Ramón, *La Prescripción Extintiva, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 56.

³ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 56.

y la parte que tiene interés en ello esperaría el cumplimiento del plazo de prescripción de la acción de nulidad para exigir su ejecución”⁴.

Agrega Domínguez que “entre nosotros la cuestión es discutida, en especial por no existir unanimidad sobre el alcance del plazo de diez años del artículo 1683 (del Código Civil), en cuanto a determinar si se refiere a la acción de nulidad o si allí se establece el saneamiento mismo del vicio”⁵.

Alessandri Besa se hace eco de la doctrina negativa, esto es, opina que no hay lugar para establecer siquiera la posibilidad de que la excepción de nulidad resulte imprescriptible, basado en el argumento de texto del artículo 1683 de nuestro Código, circunscribiendo la discusión a la “naturaleza misma del saneamiento de la nulidad”. Para Alessandri, “este saneamiento es un efecto especial del transcurso del tiempo, que consiste en que el acto o contrato nulo absolutamente se considera purgado del vicio que lo afectaba, de manera que, ante la ley, ese acto o contrato se reputa válido y produce todos sus efectos. El saneamiento es, pues, algo más que la simple prescripción de la acción de nulidad, porque afecta a la naturaleza intrínseca del negocio jurídico viciado, el cual, por exigirlo el interés social, queda inatacable por la vía de la nulidad; es la validación legal de un acto, la estabilización de una situación jurídica incierta (...) Esta naturaleza del saneamiento, que destruye la nulidad por completo, hace desaparecer, a la vez la acción, la posibilidad de alegar esa nulidad como excepción, porque el acto o contrato, pasados los diez años, se considera válido, según la ley”⁶.

En diverso sentido, pero con consecuencias equivalentes, Carlos Ducci Claro opina que este “saneamiento constituye en realidad una prescripción del derecho de poder alegar la nulidad, tanto como acción, cuanto como excepción”⁷.

Para Pablo Rodríguez Grez, y al menos en lo que respecta a las *nulidades virtuales* a que dicho autor alude, “el saneamiento de la nulidad por un cierto lapso de tiempo no es sino consecuencia de la validez presuntiva o provisional del acto jurídico. Si esta situación se prolonga por el plazo consignado en la ley, el vicio de nulidad se purga y el acto será inexpugnable (...) si el vicio subsiste, pero no existe posibilidad alguna de reclamar contra él, el acto se consolida y sus efectos se hacen definitivos”⁸.

⁴ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 56.

⁵ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 56.

⁶ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 220-22.

⁷ Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ta edición, 2007, p. 340.

⁸ Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 201.

Domínguez Águila, comentando una sentencia, ha apuntado –con toda razón– que “la jurisprudencia nacional no ha sido nutrida en esta cuestión. Una antigua sentencia de primera instancia habría resuelto que ‘no puede tener cabida la prescripción alegada por el demandante contra la excepción aducida por el demandado de ser nula la obligación que contrajo su mujer, porque en derecho no hay prescripción contra las excepciones y porque el artículo 1691 del Código Civil no se refiere a las excepciones, sino a la acción rescisoria, que sólo puede entablarla el que ha celebrado el acto o contrato que adolece de nulidad relativa’; pero apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones consideró que ‘la ley ha establecido un plazo para rescisión en términos absolutos y generales, sin distinguir el caso que sea pedida por el demandante o alegada como excepción por el demandado, y no es por tanto lícito distinguir para concederla en el primer caso y rechazarla en el segundo’”⁹.

III. NUESTRA OPINIÓN

Puede sostenerse, en palabras tomadas *obiter dictum* de otra sentencia, que “el artículo 1683 del Código Civil al señalar que la nulidad absoluta no se sana por un lapso de tiempo que no pase de diez años, se está refiriendo a la prescripción de la acción de nulidad absoluta, pasado el cual se consolidan todas las situaciones jurídicas irregulares, pudiendo así adquirirse el dominio de cosa muebles o inmuebles”¹⁰. Se trataría entonces, eminentemente de situaciones jurídicas, como las de un contrato ya cumplido, que quedan de dicha manera amparadas por el saneamiento y definitivamente consolidadas; y que podrían distinguirse del caso de un acto o contrato que no se ha ejecutado y que, por lo tanto, no ha creado una situación jurídica nueva, y con motivo del cual nada se ha dado o ejecutado en absoluto.

En efecto, a través de instituciones como la prescripción y la caducidad, el legislador busca precisamente consolidar situaciones muchas veces contrarias al ordenamiento jurídico, cuando la necesaria seguridad jurídica reclama que un hecho ya consumado, una situación creada, un estado de cosas, o al fin una apariencia jurídica, generados de manera antijurídica, no puedan ser ya atacados. En otros términos, lo que el tiempo consolida es un estado de cosas ya creado, y el postulado de quienes sostienen el efecto absoluto del saneamiento de la nulidad por el transcurso del plazo, aun en lo que respecta a la excepción de nulidad, parece en buena medida

⁹ Domínguez, ob. cit., p. 58 citando Gaceta 1873, N° 1289, p. 570; en el mismo sentido Gaceta 1875, número 1213, p. 545.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, 12 de mayo de 2000. Causa Rol 6755.

un desafío a dicha premisa; puesto que conduciría a hacer eficaz más allá de los plazos de prescripción nada menos que a un acto antijurídico con el que precisamente se viene a trastornar un estado de cosas ya existente.

Con todo, frente a ello cabe también preguntarse si no son otras las instituciones llamadas a operar para impedir tales alteraciones, en lugar de buscar la solución en esta pretendida limitación al saneamiento de la nulidad por el transcurso del tiempo. Lo relevante desde este punto de vista parece ser evitar que, como pretendida consecuencia del saneamiento de un acto nulo que no se ha llevado a efecto y a la vez como consecuencia casi caprichosa del transcurso del tiempo, dicho acto contrario a Derecho pueda cobrar vida jurídica. De lo contrario, se produciría el efecto nada más indeseado de que una institución como la prescripción o la caducidad –concebida precisamente para evitar alterar situaciones ya consolidadas por el transcurso del tiempo– sea utilizada precisamente para alterar una situación consolidada (un acto que no tuvo efecto), nada más y nada menos que en beneficio de un acto contrario a Derecho.

En esa línea, se plantea aquí, en otra arista, la patente necesidad de rescatar la noción de *inexistencia jurídica*, justamente para evitar que, por efecto del mero transcurso de los plazos, se puedan llevar a efecto actos que se ejecutaron prescindiendo de elementos esenciales para su existencia, o carentes de una base mínima de apariencia jurídica. Por cierto, es inevitable aquí la tentación de traer a colación el tan recurrido ejemplo de la compraventa de bien raíz celebrada por instrumento privado. Si bien no cabe la ejecución directa de tal acto, sí podría concebirse, en principio, su reconocimiento a través de un juicio declarativo una vez transcurridos los plazos de prescripción de la nulidad; a no ser que se admita su inexistencia jurídica. De lo contrario ¿puede imponerse a los sujetos la carga de atacar vía acción de nulidad actos burdos y carentes de la más elemental seriedad y apariencia jurídica, so pena de verse envueltos en la trampa del saneamiento? Prescripción, caducidad y saneamiento por el transcurso del tiempo son herramientas necesarias, en virtud de las cuales quien posee una cosa o se encuentra sujeto a las consecuencias del ejercicio de una acción goza de una legítima esperanza de que en algún momento se extinga el derecho del propietario o acreedor remiso en ejercer sus derechos. Sin embargo, nos parece que sería ir demasiado lejos reconocerle a un sujeto la posibilidad de aprovechar dichas instituciones para dar vida a una realidad jurídica que en su esencia no ha sido viable. La eficacia presunta de la que gozan los actos nulos requiere un mínimo de sustento, algún punto intermedio en el largo camino entre la tentativa de ejecutar el acto y el acto consumado y ajustado enteramente a Derecho. No resulta justo ni eficiente imponer a las personas la carga de reaccionar positivamente frente a amenazas carentes de un mínimo de apariencia o sustento, ni beneficiar como contrapartida a quien busca prevalerse de

un acto no cumplido y que no se presenta como una fuente plausible de obligaciones; todo ello por el solo hecho de transcurrir un plazo. ¿Alguna vez el transcurso del tiempo tornará eficaz la disposición que una persona haga de parte de sus bienes, en un contrato, a fin de que tenga efecto después de sus días? Distinto sería el caso, por cierto, en que el pretendido beneficiario de la asignación llegue a entrar en posesión de la misma; y otra cosa también es que en muchos casos resulte complejo trazar la línea entre el ser y el no ser en el mundo del Derecho.

En palabras de Jorge Baraona González “en la comparación misma entre inexistencia y nulidad, desde esta perspectiva, se establece un régimen muy diverso, pues, la inexistencia, al no ser comprendida como sanción, sino como consecuencia, quiere decir que opera de pleno derecho y sin necesidad de sentencia judicial. El juez debería limitarse a constatarla y, por lo mismo, la sentencia tendría carácter meramente declarativo y no constitutivo. La acción misma sería imprescriptible, y ciertamente sería insaneable”¹¹.

Por otro lado, la *prescripción extintiva* de la acción para reclamar la ejecución del acto es otra institución que debe operar como paliativo eficaz frente a un acto que se pretenda llevar a efecto más allá del transcurso de los plazos para reclamar de su nulidad, particularmente en el caso de la nulidad absoluta. Cuesta más sin embargo imaginar situaciones amparadas por la *prescripción adquisitiva*, pero podrían darse por ejemplo en casos de bienes objeto de contratos de transacción o convenciones similares no cumplidas.

En términos prácticos, tal como no resultaría justo que pueda demandarse la tradición de un bien raíz vendido por instrumento privado, por el solo hecho de que transcurran 10 años desde la fecha del acto (por no mencionar otras situaciones aún más extremas de actos jurídicamente inexistentes), cabe estimar que, por la inversa, sí parece ajustado a derecho que quien ha servido puntualmente un mutuo hipotecario por un lapso de 15 años no pueda a esas alturas dejar de pagar y oponer al cobro de dividendos atrasados la excepción de nulidad del contrato de mutuo (contrato existente, con nulidad saneada y con acciones de cumplimiento no prescritas). La diferencia estriba en que, en un caso se está pretendiendo recurrir a la prescripción o saneamiento de la nulidad para dar vida a algo que no existe, y en el otro la institución opera adecuadamente (impidiendo utilizar la nulidad como excepción más allá del plazo de saneamiento) en el sentido de consolidar una situación existente y acompañada de una apariencia merecedora de protección, para la seguridad del tráfico jurídico.

¹¹ Baraona González, Jorge, en *Estudios de Derecho Civil, Código y dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia, abril de 2005, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2005, p. 65.

No parece tampoco que el simple transcurso del tiempo pueda hacer eficaz un contrato suscrito mediante firma falsificada o de otra forma no auténtico, en el sentido de llevarlo a efecto una vez transcurrido el lapso de 10 años del artículo 1683¹². Por mucho que pueda sostenerse el saneamiento del supuesto vicio de nulidad –en rigor falta de existencia– consistente en la falta de consentimiento, quedará siempre abierta la posibilidad de impugnar la autenticidad del documento cuando se presente como *medio de prueba* en el proceso de que se trate. Es sugerente en ese sentido el voto de minoría en el fallo tenido a la vista en un caso como el propuesto, en el que la ministra Dobra Luksic V., al distinguir entre el saneamiento de la nulidad y las “acciones o derechos para exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos nulos”, sostuvo que tales acciones y derechos no son conferidos como consecuencia necesaria del saneamiento¹³. Por la inversa, respecto de los casos en que el acto o contrato se ha cumplido, se ha resuelto que no es posible acceder a la demanda reconvenzional del vendedor, que por un vicio que se encuentra saneado pretende recuperar un inmueble que vendió hace más de treinta años y por el cual recibió íntegramente su precio y durante dicho lapso ninguna acción enderezó en tal sentido. En este caso (se alegaba la falta de autorización notarial de la escritura pública) no pueden ya las partes escapar de los efectos del acto saneado, ni siquiera, por ejemplo, pretendiendo el vendedor recurrir a la excepción de nulidad para escapar a la responsabilidad por el saneamiento de la evicción¹⁴.

Son precisamente estas instituciones, la inexistencia, la prescripción adquisitiva de las cosas y la prescripción extintiva de acciones, junto con la carga de probar el acto o contrato, las que, en las circunstancias planteadas, permitirían reducir a su debido ámbito los efectos del saneamiento de la nulidad, aun admitiendo que éste conlleve la extinción de la excepción de nulidad. De la misma manera cabría entender limitados los efectos de una eventual “*acción de prescripción de la nulidad absoluta, a fin de que no pueda en lo sucesivo demandarse dicha nulidad*”, mecanismo que ha sido reconocido como uno de los medios disponibles para los interesados en prevalerse del saneamiento de la nulidad¹⁵. Entonces, dicha acción no será útil para dar vida a actos inexistentes, resucitar acciones prescritas, recuperar bienes perdidos por prescripción o darle valor probatorio a documentos carentes de él. Debe reconocerse en todo caso, que el peso e influencia de autores como Arturo Alessandri Rodríguez es todavía notorio en los Tribunales de Justicia y por lo mismo la penetración de la noción de inexistencia jurídica sigue siendo escasa en los estrados.

¹² Corte Suprema 5/9/1995, Corte de Apelaciones de Santiago, 3/8/1994, en *Gaceta Jurídica* N° 183, p. 61.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 3/8/1994, en *Gaceta Jurídica* N° 183, p 61.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 27/3/2009.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 3/8/1994, en *Gaceta Jurídica* N° 183, p 61.

ACEPTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DE QUE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EMPIEZA A CORRER DESDE LA PERPETRACIÓN DEL ACTO ILÍCITO Y NO A CONTAR DE LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

JOSÉ PABLO VERGARA BEZANILLA

Licenciado en Derecho Universidad de Chile

Abogado asesor Sección Civil

Consejo de Defensa del Estado

I. PLANTEAMIENTO

La controversia doctrinal en torno a si la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual debe computarse desde la perpetración o ejecución del acto ilícito contraventor del ordenamiento jurídico, o a contar del momento en que se produce el daño consecuencial a la realización de dicho acto, ha sido zanjada en favor del primero de estos criterios por la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema.

II. TESIS CONTRAPUESTAS

Tradicionalmente, la Corte había resuelto que la regla del artículo 2332 del Código Civil obliga a computar el plazo de cuatro años en que prescribe la acción derivada de la responsabilidad extracontractual desde el momento en que se incurre en el acto ilícito, sin importar sus efectos o resultados.

Sin embargo, en sentencia dictada con fecha 1 de agosto de 1967 en la causa “Wiedma con Conde y otro”, la Corte Suprema sustentó una tesis diferente. Declaró que el acto ilícito se perpetra desde que se produce el daño consecuencial a su realización, porque no es posible sostener que se pueda cometer un hecho dañoso sin que lleve aparejado un daño. La expresión “perpetración del acto” tendría, así, el significado amplio de realización de una acción que provoca causalmente un daño indemnizable. Arguyó que “no se puede suponer una absurda inconsecuencia de la ley

en orden a exigir, para el nacimiento de la obligación de indemnizar, la producción de un daño y, en cambio, prescindir de ese elemento fundamental para que empiece a correr el plazo especial de prescripción”. De aquí que el momento inicial del transcurso de la prescripción sería aquel en que tiene lugar la efectiva producción del daño¹.

El criterio de este fallo es compartido por parte de la doctrina. Apoyada, en general, en sus mismos fundamentos, sostiene que, siendo requisito de la indemnización la existencia del daño, computar el plazo desde la perpetración del acto ilícito y no desde que se produce el daño llevaría al absurdo de que la prescripción comenzaría a correr antes que el derecho nazca².

Otro sector doctrinal postula, en cambio, la tesis contraria, esto es, que la prescripción corre desde la comisión o consumación del acto ilícito, sin atender al momento en que el daño se produzca o manifieste³.

Numerosas y sólidas razones llevan, en nuestro concepto, a aceptar la última de las posiciones señaladas⁴.

Desde luego, no pueden confundirse y deben diferenciarse nítidamente, el principio “*actio nata*” que rige en la responsabilidad contractual conforme al artículo 2514 del Código Civil (“*actioni non natae non prescribitur*”) de la regla del artículo 2332 del mismo código, aplicable a la responsabilidad extracontractual. Según el primero, la prescripción comienza desde que la obligación se haya hecho exigible, esto es, desde el día en que puede ejercerse la acción por haberse reunido todos los elementos que la configuran y siempre que no exista un plazo o condición suspensiva que impidan dicho ejercicio. En cambio, la norma del artículo 2332 se aparta radicalmente de la máxima “*actio nata*”. Atiende para el cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual sólo a la perpetración o comisión del acto ilícito, independientemente de que se hayan o no consumado sus efectos dañosos. Ello obedece al claro

¹ Sentencia publicada en *R.D.J.*, tomo 64, sec. 1ª, p. 265.

² En este sentido, Pablo Rodríguez G., *La Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 483; René Abeliuk M., *Las Obligaciones*, 2ª edición, Ediar Editores, Santiago, 1983, p. 216; Hernán Corral T., *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 380; Enrique Barros B., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, N° 711, pág 922; Ramón Domínguez A., *La Prescripción Extintiva*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, p. 374.

³ En este sentido, Arturo Alessandri R., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 432, p. 522; Manuel Somarriva U., *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984, N° 490, p. 379; Pedro Lira U., *Las Prescripciones de Corto Tiempo en el Derecho Civil*, Imprenta Chile, Santiago, 1926, N° 64, p. 156; Orlando Tapia S., *De la Responsabilidad Civil en general y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes*, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, N° 206, pp. 249 y 250; Emilio Riosco H., *La Prescripción Extintiva ante la Jurisprudencia*, E. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, N° s. 210 y 211, p. 105.

⁴ Véase nuestro artículo “Momento Inicial del Cómputo de la Prescripción Extintiva de la Responsabilidad Extracontractual”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, diciembre 2004, N° 12, pp. 55 y ss., en el que analiza detenidamente el tema.

propósito de fijar un momento cierto y determinado para que la prescripción empiece a correr, a fin de que cumpla cabalmente su función de lograr la paz, orden, certeza, seguridad y armonía social, valores que el instituto está llamado a satisfacer. Pretender que el acto ilícito no se ha perpetrado porque no se perciben sus consecuencias dañosas y que haya que esperar que el daño efectivamente se produzca, importa prolongar por tiempo indefinido el momento inicial de dicho cómputo, quedando en la más absoluta incertidumbre. No podría saberse cuanto tiempo habría que esperar para que el daño acontezca –podrían pasar largos años antes de que ello ocurra. Aun más, si el daño no llegara a concretarse, la prescripción jamás empezaría a correr. De esta manera, la responsabilidad extracontractual se transformaría de hecho en imprescriptible, contraviniéndose la expresa voluntad de la ley que proclama su carácter prescriptible⁵.

Lo anterior está plenamente confirmado por la historia fidedigna del establecimiento del artículo 2332. En el proyecto de Código Civil de 1853, así como en el llamado proyecto inédito de 1855, el precepto pertinente disponía que “las acciones por daño o dolo prescriben en dos años contados desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero en todo caso podrá oponerse a ellas una prescripción de cinco años”. Esto es, los proyectos establecían una prescripción de dos años para intentar la acción, contados desde que el daño fuera conocido, y fijaban un plazo máximo de cinco años que debía correr en todo caso, independientemente de que se conociera o no el daño. Esta regla no fue mantenida en el texto final del código aprobado. En lugar de ella se optó por fijar un plazo único de cuatro años, contado desde la perpetración o consumación del acto ilícito, sin hacer distinción alguna basada en el conocimiento del daño. Se dio, así, plena certeza al momento inicial del cómputo de la prescripción, estableciendo un solo plazo de cuatro años, contado desde la ejecución del hecho ilícito.

Cabe, también, estimar que tanto en los proyectos como en el código aprobado se tuvo presente, para fijar el plazo, la necesidad de que no exista una relación remota entre el acto ilícito y el daño, eliminando, así, la consideración de los daños que, por presentarse después de los cuatro años, tengan una conexión causal dudosa o débil con dicho acto ilícito o puedan deberse a causas ajenas a éste o a factores concomitantes en la producción del resultado dañoso.

⁵ Con todo, cabe hacer la advertencia de que muy excepcionalmente puede presentarse la hipótesis de que lo que se desconozca no sea la producción del daño, sino que se ignore en absoluto la existencia de una conducta ilícita o transgresora del ordenamiento jurídico que dé origen a la responsabilidad extracontractual, la que sólo se viene a descubrir o a quedar de manifiesto después de haber transcurrido el cuadrienio en que prescribe la acción indemnizatoria. Creemos que tal hipótesis no está prevista en el artículo 2332 del Código Civil, lo que da origen a un vacío o laguna legal, para llenar el cual corresponde recurrir al procedimiento técnico de integración de la ley.

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual tiene una estructura compleja. Está compuesta por el acto ilícito o antijurídico, por su imputabilidad a culpa o dolo, por el daño y por el nexo de causalidad entre aquél y éste. Los dos primeros elementos tienen fisonomía propia, son perfectamente diferenciables del resultado dañoso y constituyen su antecedente causal. Como acertadamente se ha dicho, “un hecho no es ilícito por ser dañoso. El avance de un vehículo con luz roja es ilícito aunque no cause daño. Del mismo modo, hechos lícitos pueden causar daño”⁶. Es, por tanto, incorrecto confundir ambos elementos y decir que el acto trasgresor del ordenamiento jurídico e imputable a una persona determinada no se entiende perpetrado mientras no se produzca el daño. Este último es un elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar; pero supone que el acto contraventor esté perpetrado o consumado. De aquí que cuando la ley dispone que la prescripción se cuenta “desde la perpetración del acto” no puede leerse desde la “perpetración del daño”. Para fijar el momento inicial del cómputo de la prescripción, el texto claramente atiende a la fase de la acción y no a la de su resultado. Y ello lo hace con el propósito de no dejar en la incertidumbre ese momento, ya que, como antes se señaló, si hubiera que esperar que el daño se produzca, la acción indemnizatoria llegaría a ser prácticamente imprescriptible. De esta manera, el instituto de la prescripción no cumpliría la finalidad de interés social que está llamado a satisfacer, cual es la de poner término a las situaciones controvertibles en homenaje a la certeza y seguridad que debe existir en las relaciones jurídicas.

La prescripción extintiva constituye no sólo un instrumento indispensable para la paz social, sino también para la estabilidad presupuestaria y financiera del Estado, de las empresas y de las personas en general. Los desembolsos imprevistos a que da lugar la responsabilidad extracontractual, que obligan a recurrir a financiamientos de emergencia, introducen un factor de perturbación en la actividad económica. De aquí que sostener que el cómputo del cuadrienio debe hacerse desde un momento distinto al de la perpetración o comisión del acto ilícito, con la consiguiente incerteza sobre el inicio de ese cómputo, resulta incompatible con la razón de ser del mencionado instituto.

No es atendible, por tanto, el reproche que se formula al legislador de haber incurrido en la inconsecuencia de disponer que la prescripción empiece a correr antes de la producción del daño, ya que conscientemente optó por una de las soluciones propuestas sobre el punto por el derecho comparado, cual es la de que, por las razones antes anotadas, el cómputo debe hacerse desde la comisión del acto ilícito⁷.

⁶ Álvaro Quintanilla Pérez, “Prescripción y Derechos Humanos”, en *La Semana Jurídica*, Año 3, Nº 140, semana del 14 al 20 de julio de 2003, p. 5.

⁷ Advirtiendo Enrique Barros que la tesis que propugna –en cuanto a que la prescripción extintiva se contaría desde que se produzca o se conozca el daño– representa un obstáculo

Finalmente, es importante señalar que cada vez que el legislador ha querido que el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual se cuente desde la producción del daño, lo ha dispuesto así mediante normas legales explícitas, lo que es demostrativo de que a falta de una regla positiva en contrario, el principio aplicable es el que establece el artículo 2332 del Código Civil, que ordena computar la prescripción a contar de la perpetración del acto ilícito. En la nota puesta al pie se citan algunas de esas normas de excepción a este principio⁸.

III. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Con motivo de la proliferación de las causas destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual, estimulada especialmente por algunas de las nuevas tendencias doctrinales del llamado “derecho de daños” –que han exagerado hasta el límite las responsabilidades en el campo del derecho público, de la actividad empresarial y de las personas en general–, la Corte Suprema ha tenido oportunidad en los últimos años de emitir numerosos pronunciamientos sobre las reglas aplicables a la prescripción de dicha responsabilidad. Al hacerlo, ha modificado radicalmente el criterio sustentado en la antes citada sentencia de 1 de

para la función estabilizadora y de certeza que corresponde cumplir a la prescripción, sostiene que a dicha interpretación del artículo 2332 del Código Civil “parece prudente agregar una limitación general dada por el plazo de prescripción extraordinaria, que de acuerdo a una tradición ya asentada establece el plazo máximo dentro del cual todas las relaciones jurídicas deben estabilizarse”. Señala que “en síntesis, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad es de cuatro años contados desde la manifestación del daño; siguiendo principios generales en materia de prescripción, resulta razonable asumir como límite el plazo máximo de prescripción extraordinaria, esto es, diez años contados desde la comisión del hecho” (ob. cit., N° 711 e y f, p. 924).

⁸ Entre esas normas excepcionales cabe mencionar las siguientes:

- El artículo 63 de la Ley N° 19.300 dispone que la responsabilidad por daño al medio ambiente prescribe en cinco años contados “desde la manifestación evidente del daño”;
- El artículo 146, inciso quinto, de la Ley de Navegación, D.L. N° 2222-78, establece que las indemnizaciones por daños derivados de los derrames de hidrocarburo y otras sustancias nocivas, causados por una nave o artefacto naval, “prescriben en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se produjo el daño”, y que “sin embargo no podrá interponerse acción alguna después de seis años contados desde la fecha del siniestro”;
- El artículo 79 de la Ley N° 16.744 estatuye que las acciones para reclamar las prestaciones por enfermedades profesionales prescriben en el plazo de cinco años contados “desde el diagnóstico de la enfermedad”, plazo que se amplía a quince años en el caso de la neumoconiosis contados “desde que fue diagnosticada”;
- El artículo 8, inciso final, del Decreto Ley N° 3557-80, sobre Protección Agrícola, dispone que el derecho para reclamar las indemnizaciones por los perjuicios a que ese precepto se refiere, “prescribirá en el plazo de un año, contado desde que aparezcan de manifiesto los perjuicios producidos”, y el artículo 36 del mismo cuerpo legal establece que las indemnizaciones por los daños causados a terceros por la aplicación de plaguicidas deben reclamarse “dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños”.

agosto de 1967, como quedará de manifiesto en la reseña jurisprudencial que sigue.

1. Por sentencia de fecha 15 de abril de 2003, dictada en la causa “Pizani con Fisco”, la Corte se pronunció categóricamente a favor de la tesis de que el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual se cuenta desde la perpetración del acto generador de esa responsabilidad, sin que importe la proyección posterior de sus efectos⁹.

Dicha sentencia empieza por sentar el principio de que la prescripción extintiva tiene cabal aplicación en el ámbito del Derecho Público, expresando que ello “nada tiene de singular si se tienen en cuenta las bases y fines de este instituto”, y anotando, mediante una cita doctrinal, “que el fundamento indiscutido de la prescripción es la denominada “utilidad social”, presente ésta bajo cualquier denominación, ya como “institución que mira al interés público”; que provee a una “necesidad social”, a la “utilidad pública” o a “razones superiores de orden o tranquilidad sociales”. Agrega, enseguida, que “como quiera que la prescripción es una institución de orden público cuyo fundamento se vincula con consideraciones de utilidad y seguridad jurídica, entre ellas la certeza y consistencia de los derechos, no debe extrañar que la imprescriptibilidad de ciertas acciones sea siempre especial y requiera de una declaración legal expresa, tal como la que contiene el artículo 4º de la Ley N° 19.260, y que en ausencia de disposiciones específicas de derecho público relativas a la materia, deban regir las normas del derecho común”¹⁰.

Establece, además, que la incidencia en la responsabilidad extracontractual del Estado de las reglas comunes de la prescripción extintiva que establece el Código Civil no es el resultado de una aplicación supletoria de disposiciones especiales que gobiernan esa responsabilidad fiscal, sino consecuencia del preciso mandato que impartió el artículo 2497 del Código Civil, acerca de que sus reglas relativas a la prescripción y entre ellas el artículo 2332, se aplican igualmente a favor y en contra del Estado.

Finalmente, se ocupa del razonamiento de la sentencia recurrida para rechazar la prescripción alegada por el Fisco, en orden a que en la especie se trataba de un ilícito compuesto con caracteres de permanencia, que trasunta que el daño sigue provocándose en tanto no cese el desaparecimiento o persiste la ausencia de la víctima. Al respecto señala que tal razonamiento prescinde, y por lo tanto, vulnera, al dejar de aplicarlo, el artículo 2332

⁹ Rol de ingreso N° 1234-2002, publicada en la *Gaceta Jurídica* N° 274, pp. 108 y ss. Ídem en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 10, pp. 231 y ss.

¹⁰ La norma del artículo 4º de la Ley N° 19.260 dispone que “en los regímenes de previsión social fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, el derecho a las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia, y a las de jubilación por cualquier causa, será imprescriptible”. No obstante, establece que las mensualidades que no se soliciten dentro del plazo de dos años, sólo se pagarán desde la fecha de presentación de la solicitud respectiva.

del Código Civil, que ordena terminantemente que el plazo de cuatro años se debe contar “desde la perpetración del acto”, constituido por la detención de la víctima ocurrida el 16 de septiembre de 1973; y que “la índole compleja del hecho y la proyección posterior de sus efectos” no impide la aplicación del citado precepto “si se tienen presente los términos de dicha disposición legal”.

Por los fundamentos expuestos, la Corte anuló el fallo recurrido, y en la sentencia de reemplazo acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco, rechazando la demanda indemnizatoria.

2. En sentencia dictada con fecha 27 de diciembre de 2006 en la causa “Salazar con Fisco”, la Corte Suprema declaró igualmente que el plazo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual se cuenta desde la perpetración del acto¹¹.

La demanda se fundaba en la detención y posterior desaparecimiento de la víctima, y la sentencia de segunda instancia acogió la excepción de prescripción que, fundada en el artículo 2332 del Código Civil, opuso el demandado.

Para desestimar el recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandantes en contra de dicha sentencia, la Corte Suprema declaró que aunque los efectos o consecuencias del hecho permanezcan en el tiempo, “el plazo de prescripción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona”, agregando que “la aceptación de la tesis de los actores significaría consagrar, al menos indirectamente, la imprescriptibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico”.

3. En la causa “Martínez con Fisco”, la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco y desestimó la demanda en que se perseguía la responsabilidad extracontractual del demandado por el desaparecimiento de una pariente de los demandantes ocurrido por su detención en el año 1975 y su traslado con destino desconocido en febrero de ese año.

Contra este fallo se dedujo por los actores recurso de casación en el fondo, en el que se invocaba la infracción del artículo 2332 del Código Civil porque, en su concepto, la Corte había incurrido en el error de computar el plazo de cuatro años desde la simple comisión del hecho ilícito y no desde la perpetración del daño, que era lo que procedía dado que el

¹¹ Rol de ingreso N° 5.914-2005 en la Corte Suprema.

perjuicio tiende a perpetuarse con el transcurso del tiempo mientras se mantenga la situación de incertidumbre ocasionada por el hecho ilícito.

Por sentencia de fecha 27 de diciembre de 2006, la Corte Suprema desechó el citado recurso de casación en el fondo. Pronunciándose sobre el fundamento señalado declaró que, de acuerdo con la regla del artículo 2332 del Código Civil, las acciones para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Por ello estimó que el tiempo transcurrido entre la época en que ocurrieron los hechos –año 1975– y aquella en se notificó la demanda, excedió con creces el plazo indicado en la referida norma legal¹².

Como claramente se aprecia, la Corte desestimó el argumento sustentado por los recurrentes y computó el cuadrienio desde que ocurrieron los hechos, esto es, desde la perpetración del acto ilícito.

4. En el juicio “Caniulaf con Fisco”, las sentencias definitivas dictadas en las instancias acogieron la excepción de prescripción extintiva opuesta por el Fisco a la acción indemnizatoria derivada de la muerte de un hermano de la demandante, ocurrida en el año 1993.

La actora dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de alzada, fundándolo, en lo que aquí interesa, en que la Corte de Apelaciones había computado el plazo de prescripción extintiva a partir de la fecha de comisión del hecho ilícito, en circunstancias de que, por encontrarse en juego la responsabilidad de derecho público del Estado, procedía aplicar lo preceptuado en el artículo 2514 del Código Civil, según el cual el citado plazo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, lo que, en su concepto, había ocurrido al notificarse el cúmplase de la sentencia recaída en el proceso penal.

Por sentencia de fecha 23 de enero de 2007, la Corte Suprema desechó el recurso interpuesto. Con respecto al error de derecho alegado, señaló que por haberse ejercido en la especie una acción destinada a obtener la indemnización del daño causado por un delito, la misma se extingue por la prescripción de cuatro años contemplada en el artículo 2332 del Código Civil, sin que tenga cabida –como lo postula el recurso– “la aplicación del artículo 2514, que constituye la regla general en materia de prescripción, concebida ésta como modo de extinguir las acciones, según también se desprende de lo dispuesto en el artículo 1567, N° 10 del mencionado cuerpo legal”. En consecuencia –resolvió la Corte– la sentencia recurrida no incurrió en error de derecho al declarar la prescripción de la acción indemnizatoria fundándose en el artículo 2332 del Código Civil, puesto que

¹² Rol de ingreso en la Corte Suprema N° 6.049-2005, publicada en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado 2006-2007*, pp. 84 y ss.

entre la fecha del hecho ilícito y la de notificación de la demanda había transcurrido íntegramente el cuadrienio señalado en esa disposición legal¹³.

Como se aprecia, la sentencia de la Corte Suprema dejó establecido no solamente que la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual corre desde la comisión del hecho ilícito, sino, además, que es improcedente aplicar a esa categoría de responsabilidad la regla general sobre la prescripción del artículo 2514 del Código Civil. En esta forma, desestima la posibilidad de que la mencionada prescripción se compute desde que la obligación indemnizatoria se haya hecho exigible con la producción del daño, como lo postulan quienes sostienen que el plazo se inicia sólo en el momento en que éste tiene lugar.

5. En los autos “Venegas con Corporación Nacional Forestal”, la Sociedad Agrícola Santa María Limitada dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia que había acogido la excepción de prescripción extintiva opuesta por la demandada, a quien en la demanda se le imputaba la comisión de un cuasidelito de daños por haber interpuesto denuncias infundadas, en las cuales habría persistido durante el curso de los dos procesos infraccionales incoados con motivo de aquellas denuncias. En dicha sentencia, dictada con fecha 17 de mayo de 2006, la Corte de Apelaciones de Temuco declaró que, conforme al artículo 2332 del Código Civil, el plazo de cuatro años se cuenta desde la perpetración del acto, lo que “ocurre el día en que se cometió el hecho doloso o culpable y no desde que se produce el daño, si éste y el hecho no son coetáneos”.

Sostuvo la recurrente que dicha sentencia infringió el artículo 2332 del Código Civil porque, en su concepto, la perpetración de un acto es la consumación de todas las conductas necesarias para la obtención del resultado y que, sin duda, la perpetración del acto se dilata en el tiempo mientras existan conductas que signifiquen aumento del daño o su mantención en el tiempo. Invocó, también, la trasgresión del artículo 2514 del Código Civil, por cuanto, según sostuvo, ese precepto consagra un principio general en materia de prescripción, cual es que ésta comienza su curso desde que queda expedita la acción, es decir, desde que puede ser ejercida.

Por sentencia de fecha 30 de abril de 2007, la Corte Suprema desestimó el recurso¹⁴. Se fundó para ello en que el cómputo del plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil se cuenta desde la perpetración del acto, expresión que corresponde a la realización de una

¹³ Rol de ingreso en la Corte Suprema N° 4551-2005, publicada en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado 2006-2007*, pp. 92 y ss.

¹⁴ Rol de ingreso en la Corte Suprema N° 2204-2006.

actuación u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados y demandados, no pudiendo confundirse el acto con los efectos del mismo. De esta suerte –expresó– los hechos que se tachan de culposos en el caso fueron circunscritos correctamente por los jueces de la instancia a la interposición de las respectivas denuncias efectuadas por la Corporación Nacional Forestal ante el Juzgado de Policía Local respectivo. Agregó que “no está en lo cierto el recurrente cuando afirma que estaríamos frente a una acción que se dilata en el tiempo, mientras existan conductas las cuales signifiquen aumento del daño o su mantención en el tiempo, ya que, al razonar así, incurre precisamente en la confusión del acto y efecto a que se ha hecho alusión, no pudiendo hacerse extensivo el artículo 2332 en estudio, a los efectos de la conducta cuestionada, ya que la norma no lo permite”.

Finalmente, con respecto a la alegada infracción del artículo 2514 del Código Civil, la Corte resolvió que no se ha producido. Señaló que no resulta aceptable citarlo como un principio general, pues dicha norma se refiere a la época en que las obligaciones se han hecho exigibles, lo que no dice relación con esta materia en que se discute una responsabilidad de la demandada de naturaleza extracontractual.

En resumen, la sentencia de la Corte de Casación estableció dos principios básicos. Primero, que para el cómputo de la prescripción extintiva prevista en el artículo 2332 del Código Civil no cabe confundir el acto con sus efectos, por lo que el cuadrienio debe contarse desde que ocurre ese acto; y segundo, que la norma del artículo 2514 del Código Civil, que en materia de responsabilidad contractual dispone que el plazo de prescripción se cuenta desde que la acción puede ser ejercida por haberse hecho exigible la obligación, no es aplicable a la prescripción especial de corto tiempo de la responsabilidad extracontractual.

6. En la causa “Corvalán y otros con Fisco”, un grupo de funcionarios públicos exonerados por motivos políticos entre los años 1973 a 1981, demandó indemnización de perjuicios por daño moral. La demanda fue notificada al Fisco con fecha 11 de agosto de 1997.

La Corte de Apelaciones que resolvió el asunto en segunda instancia acogió la excepción de prescripción extintiva opuesta por el Fisco y rechazó la demanda. Contra esta sentencia los actores recurrieron de casación en el fondo, sosteniendo que el plazo de prescripción debía contarse desde la fecha de expedición de los decretos que, en conformidad a la ley N° 19.234, les concedieron la calidad de exonerados políticos.

Por sentencia de fecha 31 de julio de 2007, la Corte Suprema desestimó el recurso¹⁵. Primeramente declaró que la prescripción constituye un principio general de derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y,

¹⁵ Rol de ingreso Corte Suprema N° 2301-2006.

como tal, es aplicable al Estado en conformidad al artículo 2497 del Código Civil; y que, al amparo de esta premisa, cobra vigencia la regla contenida en el artículo 2332 del mismo código, de acuerdo con la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde “la perpetración del acto”. Y enseguida señala que la frase “desde la perpetración del acto” debe entenderse referida al momento en que ocurre el acto dañoso que se reprocha al demandado, vale decir, que el plazo en cuestión ha de contabilizarse desde el acaecimiento del acto generador del perjuicio, sin que se divisen razones que permitan computarlo desde una fecha diversa de aquélla. Y teniendo presente que las exoneraciones de los actores ocurrieron entre los años 1973 y 1981, expresó que no se advierte el motivo por el cual el plazo de prescripción aludido habría de contarse desde la expedición de los decretos mediante los cuales se les reconoció la calidad de exonerados políticos.

Esta sentencia confirma, una vez más, el criterio de la Corte Suprema en orden a que el plazo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual establecido en el artículo 2332 del Código Civil debe computarse desde el acaecimiento del acto generador del perjuicio y no desde otro momento diverso de la comisión de ese acto.

7. Con posterioridad a las decisiones jurisprudenciales recién reseñadas, se han dictado numerosas sentencias por las Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema, estableciendo invariablemente la doctrina de que el plazo contemplado en el artículo 2332 del Código Civil se cuenta desde la perpetración o ejecución del acto ilícito, sin que existan razones para computarlo en una forma diversa. Por vía de ejemplo menciono la emitida por la Corte Suprema con fecha 13 de enero de 2009, en la causa “Jimeno con Fisco”, donde se declara que como “lo ha dicho esta Corte Suprema en reiteradas ocasiones”, aunque el efecto del acto “permanezca en el tiempo, el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha de comisión del ilícito”¹⁶.

Igual declaración se contiene en el fallo de fecha 27 de septiembre de 2007, dictado en la causa “Sociedad Agrícola Melico con Fisco”¹⁷; en el de fecha 29 de octubre de 2007, recaído en el juicio “Le Dantec con Gobierno Regional de Valparaíso”¹⁸; en el de fecha 10 de noviembre de 2008, expedido en la causa “Negrete Peña con Fisco”¹⁹; en el de fecha 11 de mayo de 2010, dictado en la causa “Bustamante con Empresa de

¹⁶ Publicada en *Gaceta Jurídica* N° 343, pp. 27 y ss. Ver especialmente su considerando duodécimo; y las sentencias que en el mismo sentido se citan en esa publicación.

¹⁷ Rol ingreso Corte N° 2322-2006.

¹⁸ Publicado en *Fallos del Mes* N° 548, pp. 293 y ss.

¹⁹ Publicado en *Gaceta Jurídica* N° 341, pp. 59 y ss.

Transportes de Pasajeros Metro S.A.”²⁰, y en muchos otros fallos que resuelven en iguales términos²¹.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 1 DE AGOSTO DE 1967

Como antes se señaló, en esta sentencia, recaída en la causa “Wiedma con Conde y otro”, la Corte Suprema cambió el criterio que antes había mantenido respecto a que el cuadrienio en que prescribe la acción derivada de la responsabilidad extracontractual se cuenta desde que se comete el acto ilícito, resolviendo en cambio que el cómputo de dicho plazo debe hacerse desde que se produce el daño; tesis que, según se ha demostrado, está contradicha por la jurisprudencia reciente de la misma Corte.

Este juicio se inició por demanda de indemnización de perjuicios deducida por la cónyuge en contra del marido y de un tercero. Se trataba de lo siguiente: el marido, como administrador de la sociedad conyugal, celebró un contrato de sociedad con un hermano. En el contrato aportó al patrimonio social una fábrica de calzado, acordando a favor del hermano una participación minoritaria, con el objeto de burlar de los derechos de la mujer a los gananciales de la sociedad conyugal. La mujer entabló un juicio de separación judicial de bienes contra el marido, fundado en la administración fraudulenta en que había incurrido, el que fue fallado después de siete años. Una vez acogida la acción y declarada la separación de bienes, dedujo demanda en contra del marido y del hermano de éste, solicitando se declarara que el contrato referido constituyó un delito civil, por tratarse de un acto fraudulento que le causó perjuicios, los que debían serle indemnizados por los demandados solidariamente. Opuesta por éstos la excepción de prescripción fundada en el artículo 2332 del Código Civil por haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha de aquel contrato, la que fue acogida por la Corte de Apelaciones, la mujer dedujo recurso de casación en el fondo. Pronunciándose sobre éste, la Corte Suprema anuló la sentencia por haber infringido el artículo 2332 del Código Civil, declarando que era improcedente dicha excepción porque el plazo debía contarse desde que se produjo el daño consecuencial al acto ilícito, lo que había ocurrido al momento de disolverse la sociedad conyugal por la sentencia de separación de bienes. Para sustentar este aserto, afirmó que la celebración del acto doloso solamente otorgó a la mujer la acción para solicitar la separación de bienes de su marido y que, por eso, no la habilitaba para reclamar el reconocimiento, por parte de la justicia, de ningún otro derecho que la compensara del daño que había de

²⁰ Rol de ingreso Corte N° 3914-2008.

²¹ El total de sentencias que se apoyan en la misma doctrina es superior a cincuenta.

producirse al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Señaló que, en otros términos, el acto doloso no implicaba, en el momento de su realización, la producción de ningún daño real y efectivo en el cual hubiere podido fundamentar una acción indemnizatoria, pues en aquel entonces sólo tenía un derecho eventual, y que no podía reclamar de la sociedad conyugal.

En nuestro concepto, el asunto de fondo estuvo bien fallado, pero por razones distintas de las esgrimidas en la sentencia. Creemos que en el caso no procedía aplicar las reglas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil sobre los delitos y cuasidelitos, sino las que regulan el régimen de las recompensas. De acuerdo con el artículo 1748 de dicho código, cada cónyuge debe recompensa a la sociedad “por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave”.

Ahora bien, las recompensas no pueden reclamarse durante la vigencia de la sociedad conyugal. Se determinan y pagan sólo al liquidarse dicha sociedad, como lo dispone el artículo 1769, ya que constituyen una de las operaciones propias de la liquidación. Dada su naturaleza de compensaciones impuestas por la ley, dan origen a un crédito o derecho personal, que no prescribe de acuerdo con el artículo 2332 del Código Civil, sino conforme a la regla general de los artículos 2514 y 2515, esto es, en el plazo de cinco años, contado desde que la obligación inherente a la recompensa se hizo exigible, lo que en el caso de que se trata ocurrió al disolverse la sociedad conyugal por la sentencia que declaró la separación de bienes.

Lo anterior demuestra que era equivocado el razonamiento de la sentencia en cuanto a que la celebración del acto doloso solamente habría otorgado a la mujer la acción para solicitar la separación de bienes, puesto que el mismo daba también a la mujer el derecho a reclamar la correspondiente recompensa una vez disuelta la sociedad conyugal.

Por las razones expresadas y no por las invocadas en la sentencia de la Corte, el plazo de prescripción extintiva de la acción interpuesta por la mujer, regido por el artículo 2514, no había transcurrido al momento de interponerse la demanda.

En cuanto al tercero, esto es, al hermano del marido, su responsabilidad era solidaria de acuerdo con la norma del inciso segundo del artículo 2317 del Código Civil, conforme a la cual todo fraude o dolo cometido por dos o más personas obliga a éstas solidariamente a indemnizar los perjuicios derivados del fraude o dolo. Esto significa que la responsabilidad solidaria que, conforme al inciso primero de dicho precepto, surge en materia extracontractual por el delito o cuasidélito perpetrado por dos o más personas, que supone pluralidad de sujetos y unidad de hecho, es aplicable también al fraude o dolo cometido en materia contractual²².

²² En este sentido véase Arturo Alessandri R., ob. cit. N° 408, p. 493.

En consecuencia, desde que la obligación de indemnizar en que incidió la responsabilidad solidaria se hizo exigible solo con la sentencia de separación de bienes, lo mismo ocurrió con respecto al codeudor solidario demandado.

En suma, puede decirse que en el caso fallado se hizo justicia, pero invocando fundamentos equivocados. No era necesario forzar la interpretación de la ley para darle la razón a la mujer²³.

²³ Para defender la tesis contraria a la sostenida en estas notas, se suelen plantear hipótesis en que no está comprometida la responsabilidad extracontractual, sino la derivada del incumplimiento de obligaciones de origen contractual o legal. La sentencia antes comentada es un claro ejemplo de ello. Ciertamente, en dichas hipótesis no cabe aplicar la prescripción de corto tiempo establecida en el artículo 2332, sino la de largo tiempo que rige la extinción de las acciones personales o de obligación propiamente tales, en la que el plazo debe contarse desde que la correspondiente obligación se haya hecho exigible, conforme lo dispone el artículo 2514 del Código Civil.

DEL DÍA DE INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA CUANDO EL PERJUICIO SE HA MANIFESTADO CON POSTERIORIDAD AL HECHO QUE LO ORIGINA*

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

*Doctor en Derecho Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil Universidad Adolfo Ibáñez*

I. EL PROBLEMA

Desde hace mucho se ha venido planteando una cuestión que, hasta hace poco, no tenía una respuesta muy clara en la doctrina, y es la de si el plazo en que prescribe la acción indemnizatoria emanada de un hecho que causa daño se cuenta desde que el acto lesivo se realiza o desde que se hace manifiesto o se evidencia el daño que tal suceso provoca en la víctima.

Es sabido que no pocas veces el perjuicio que deriva de un hecho no se hace manifiesto de inmediato, porque aquél no es coetáneo al suceso que lo origina, sino que sobreviene o se evidencia con posterioridad. Así ocurre, por ejemplo, cuando la víctima es contagiada con una enfermedad que no presenta síntomas hasta tiempo después de haberse contraído; o cuando el lesionado no muere inmediatamente producto del hecho, sino que permanece largo tiempo en grave estado de salud, a veces hospitalizado y en coma, hasta que fallece. Así también acontece cuando las consecuencias dañosas de un acto administrativo no ocurren de inmediato, sino que surgen después, como cuando por error del funcionario se autoriza a construir en un sitio en el que legalmente no se puede edificar, decretándose mucho después la demolición de lo edificado. En este último caso, el perjuicio

* Se publica con actualizaciones el artículo incluido en *Estudios de Derecho Civil III*, V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 771 y ss.

no se evidencia cuando se comete la ilegalidad por parte del funcionario, sino que cuando se produce la demolición de lo construido.

En estos supuestos, como en muchos otros, el daño se evidencia no con la ejecución del hecho sino que con posterioridad, surgiendo la razonable duda de si el plazo de prescripción extintiva de la acción indemnizatoria debe contarse desde que el hecho en cuestión se realizó, o desde que la víctima toma conocimiento del perjuicio que ella sufrió en razón de la manifestación del daño.

II. LA REGLA DEL ARTÍCULO 2332 DEL CÓDIGO CIVIL

Como es sabido, la regla sobre prescripción en sede extracontractual está contenida entre nosotros en el artículo 2332 del Código Civil. Dispone el precepto que “las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

La literalidad del precepto no ofrece dudas en cuanto a que el mismo está referido a la situación normal en que el perjuicio es coetáneo al hecho que lo origina. Lo que habitualmente sucede es que el daño asociado a un determinado hecho ilícito se manifiesta tan pronto tiene lugar el suceso. Por eso la norma se refiere a las acciones que concede el título 35 del Libro IV “por daño”. Así sucede con aquel que resulta agredido físicamente, o injuriado o ilegalmente apremiado. En estas hipótesis la lesión es coetánea al hecho que la produce, o acaso se distancia de ella por un período temporal irrelevante o imperceptible. En estas situaciones, parece natural y justo que la prescripción comience a correr desde el instante en que se verifica el suceso que ha causado el daño, ya que se ha configurado legalmente el delito o cuasidelito, pues se produce un hecho ilícito que causa daño.

Con todo, muchos doctrinadores chilenos de antaño extendieron esta solución incluso a los supuestos en que el daño se hiciera presente después de acontecido el hecho. En este sentido dijo Alessandri que la prescripción del artículo 2332 del Código Civil corre desde “el día en que se cometió el hecho doloso o culpable y no desde aquel en que se produjo el daño, si éste y el hecho no son coetáneos”. “Nuestro Código Civil puso fin a las discusiones suscitadas sobre el particular en el derecho francés”¹.

Se invocó en favor de esta conclusión que la actual redacción del artículo 2332 es diferente de la contenida en los proyectos de 1853 y en el inédito. Éstos decían en el artículo 2496 que “las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en dos años contados desde el

¹ Alessandri Rodríguez, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, 1943, pp. 522 y 523.

día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero en todo caso podrá oponerse una prescripción de cinco años". La variación en la literalidad habría dejado claro que se desechó la posibilidad de contar el plazo de prescripción desde que se manifestase el perjuicio, optándose por establecer un plazo más largo de prescripción contado desde la ocurrencia del hecho.

Esta solución fue adoptada por ciertos autores de las décadas del veinte y del cuarenta del siglo pasado², y por ciertos fallos que se hicieron eco de ella, que, tributarios de la doctrina de la exégesis, aplicaron la norma del artículo 2332 del Código Civil también a los supuestos en que el daño causado por el hecho se manifestó con posterioridad al ilícito, bajo el argumento de que el artículo no establece diferencias en este punto. De esta forma se falló que la acción de indemnización de perjuicios deducida en contra de un conservador de bienes raíces por haber otorgado un certificado erróneo, o por haber inscrito una hipoteca otorgada por quien no era el dueño de la propiedad, prescribía en cuatro años contados desde la fecha del certificado o de la inscripción, respectivamente, pero no desde la fecha en que se consumó el daño para el demandante³.

III. LA CUESTIÓN DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CUATRO AÑOS EN LA DOCTRINA CIVILISTA ACTUAL

La tesis del siglo pasado en esta materia está abandonada por la doctrina contemporánea especializada del Derecho Civil. La unanimidad de los maestros que en los últimos diez años se han ocupado de este tema, resuelven que si los perjuicios provenientes de un suceso lesivo se hacen manifiestos después de la ocurrencia de éste, la prescripción de la acción indemnizatoria puede y debe ser contada sólo desde que el daño se hace evidente, pero no desde que ocurre el hecho mismo. Así está expuesto por la uniformidad de la doctrina autorizada del Derecho Civil actual chileno, pronunciándose en este sentido Abeliuk⁴, Barros⁵, Corral⁶,

² Así Lira Urqueta, P., *La prescripción de corto tiempo en la legislación chilena*, Santiago, 1926, versión puesta al día por Vázquez Méndez, G., bajo el título de *La prescripción*, Santiago, 1995, pp. 146 y 147; Somarriva Undurraga, M., *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, segunda edición actualizada por Domínguez Águila, R., Santiago, 1984, p. 380, y Tapia Suárez, O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Concepción, 1941, en reimpresión a cargo de Diez Schwerter, J., Santiago, 2006, pp. 318 y ss.

³ Cfr. *RDJ*, 21, 1, 501 y 32, 1, 538.

⁴ Cfr. Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, Santiago, 2003, pp. 291 y ss.

⁵ Cfr. Barros Bourie, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2006, pp. 293 y ss.

⁶ Cfr. Corral Talciani, H., *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2004, p. 350.

Domínguez⁷ y Rodríguez⁸. Es por ello que no puede decirse, con rigor, que este sea un punto discutido en la actual doctrina nacional⁹.

IV. LOS ARGUMENTOS

Más allá de la uniformidad de opiniones, la conclusión no es antojadiza, existen gruesos y evidentes argumentos que hacen concluir que la prescripción de la acción indemnizatoria en sede extracontractual se computa desde que el daño causado por el hecho se ha manifestado. De lo que se trata, entonces, es de establecer con claridad las razones que justifican una conclusión de esta naturaleza.

1. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Para que se configure la responsabilidad extracontractual no es suficiente con la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil. Es necesario además que haya imputabilidad, capacidad, daño y relación causal entre el hecho y el perjuicio. Si no concurren estas condiciones, que tienen un evidente carácter copulativo, sencillamente no surge la responsabilidad extracontractual del autor, aunque haya ejecutado el hecho. Por eso, mientras no hay daño o perjuicio, no puede decirse que se ha cometido un delito o cuasidelito civil, que, por definición, son sucesos que provocan daño. En tanto no exista perjuicio, mientras el daño no se haya materializado o manifestado en alguna forma, nada puede indemnizarse. No puede afirmarse en estos casos que existe una víctima o un victimario, ya que aquélla nada podría reclamar, por cuanto ningún daño tiene. Toda acción que intente será evidentemente desestimada por la ausencia de daño

⁷ Cfr. Domínguez Águila, R., *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, 2004, pp. 377 y ss.

⁸ Cfr. Rodríguez Grez, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, 1999, pp. 483 y ss.

⁹ A pesar de esta conclusión, el abogado del Consejo de Defensa del Estado don José Vergara Bezanilla ha insistido en la antigua tesis en “Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n° 12, 2004, pp. 55 y ss. Debe señalarse en todo caso, que como el mismo autor explica, el abogado y consejero del Consejo de Defensa del Estado y profesor de la Universidad de Valparaíso, don Álvaro Quintanilla Pérez, no cree que esta sea la solución correcta, al escribir en un inédito trabajo que el artículo 2332 del Código Civil no ha previsto ni puede ser aplicado directamente al caso del daño diferido o desconocido, pues se refiere únicamente a la situación corriente en que el daño se produce simultáneamente o con diferencia de tiempo inapreciable. Respecto de estas hipótesis, existiría una laguna legal que corresponde integrar mediante el recurso a la analogía, los principios generales que fluyen del propio Código Civil y la equidad. Este profesor sostiene en definitiva que “el plazo de prescripción debe correr únicamente desde que el ofendido esté en situación de accionar y, por tanto, cuando concurren todos los elementos de la responsabilidad civil” (p. 65, nota 11). Véase el estudio del mismo autor publicado en este mismo volumen.

¿Cómo podría condenarse el demandado? ¿Qué es lo que tendría que compensar o reparar?

Anota Domínguez “el acto es ilícito porque daña, de forma que el perjuicio es elemento o más bien condición de la responsabilidad y no tendría sentido calificar de ilícito un acto, aunque en él concurre culpa o dolo, si no hay daño producido, al menos desde el punto de vista civil. De esta forma, entendemos que lo que el art. 2332 pretende es contar la prescripción desde que se produce el daño ilícito y ése es el sentido que tiene la expresión perpetración del acto” (...) “El derecho a demandar surge con el nacimiento de la obligación del autor del daño, es decir, con la realización del hecho lesivo, en el cual la realización del daño es esencial” (...) “El acto ilícito, como hemos dicho, no comprende la sola acción u omisión, sino la actividad o la abstención dañosa, siendo el daño esencial para que haya acto ilícito”¹⁰.

¹⁰ Ob. cit., pp. 376 y 377. En el mismo sentido escribe Rodríguez que la prescripción del artículo 2332 del Código Civil se cuenta desde que “concurren todos y cada uno de los presupuestos que conforman el ilícito civil (un hecho activo o pasivo del hombre, que sea imputable, antijurídico, que cause daño y siempre que exista relación de causalidad entre el hecho y el daño). No cabe duda de que así debe interpretarse la ley, si se considera que ella se refiere al derecho a ser indemnizado, y éste sólo surge cuando el ilícito se ha consumado, no antes. La norma, además, alude a perpetración (consumación) del acto y éste supone que se reúnen los requisitos consagrados en la ley” (ob. cit., p. 383). De la misma forma señala Abeliuk que “es requisito de la indemnización la existencia del daño. Antes de que éste se produzca, la víctima nada puede demandar, pues no ha sufrido perjuicio. Los hechos ilícitos se definen precisamente como las acciones u omisiones culpables o dolosas que causan daño; al hablar de perpetración del acto, el Código se está refiriendo a este concepto que incluye el daño. Evidentemente, la víctima no podrá cobrar pasado el cuadrienio otros perjuicios sobrevenidos posteriormente, porque desde el momento que hubo daño se completó el hecho ilícito y comenzó a correr la prescripción” (ob. cit., pp. 291 y 292). Siguiendo lo antes señalado, explica Corral que “estimamos con Abeliuk que la prescripción debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño (ob. cit., p. 350).

Explica a este mismo respecto Barros que “la responsabilidad civil tiene por requisito fundamental el daño producido por el hecho del cual se pretende hacer responsable al demandado. En circunstancias que el perjuicio sólo puede ser contemporáneo o posterior (nunca anterior) al hecho que lo provoca, el daño es siempre el elemento que determina el momento en que se consuma la perpetración del delito o cuasidelito civil y nace la obligación indemnizatoria. En efecto, si el daño es contemporáneo al hecho que genera la responsabilidad, concurren simultáneamente todos los elementos que la condicionan; si es posterior, sólo desde entonces habrá lugar a la acción indemnizatoria, porque la sola ilicitud de la conducta no da lugar a responsabilidad civil”. Agrega que “una aplicación más refinada del principio exige que el plazo de prescripción se cuente desde que el daño se manifiesta y pueda ser conocido”, sólo entonces la interpretación es coherente con el carácter sancionador que se le atribuye a la prescripción extintiva; “si la víctima, por circunstancias que no sean atribuibles a su descuido, no ha estado en condiciones de conocer el daño o a su autor, y, por consiguiente, no ha podido ejercer la acción, no hay razón para entender que el plazo de prescripción haya comenzado a correr en su contra. Este sería el caso de quien ha sido víctima de un fraude, que se descubre tiempo después de acaecido el daño patrimonial efectivo”. Finalmente indica que “a la interpretación referida parece prudente agregar una limitación general dada por el plazo de prescripción extraordinaria, que de acuerdo a una tradición ya asentada establece el plazo máximo dentro del cual todas las relaciones jurídicas deben estabilizarse. Este plazo se contaría, de conformidad con esta interpretación, desde que haya cesado la intervención causal. La limitación referida tiene la

Este entendimiento, por lo demás, guarda armonía con el tenor literal del artículo 2332 del Código Civil. Si gran relevancia se le quiere dar al rigor de las palabras, no puede obviarse que la norma parte por decir que “las acciones que concede este título por daño o dolo...”. Esto evidencia absolutamente que la acción indemnizatoria surge con el perjuicio y no con el mero hecho. Así lo dice el propio precepto legal. La acción se concede por el perjuicio padecido, si éste no existe o no se manifiesta no hay lugar la acción. El artículo no señala que la acción prescriba en cuatro años contados desde el hecho, sino que indica que la acción indemnizatoria se extingue por la prescripción a los cuatro años desde que el daño se cometió. La lectura del precepto no deja demasiadas dudas al respecto. Por lo mismo, no parece que pueda decirse muy seriamente que una acción que la norma concede “por daño” prescriba antes que éste se produzca.

En vista de lo anterior, debe concluirse que la prescripción de un ilícito civil parte sólo una vez que el mismo ilícito se ha configurado por la concurrencia de todos los presupuestos necesarios, y muy particularmente por la manifestación del daño. Si el perjuicio no se presenta, no hay en verdad el ilícito; en cambio, una vez que el daño se hacer realidad se configura el delito o el cuasidelito, y principia a transcurrir la prescripción de cuatro años del artículo 2332 del Código Civil¹¹.

2. NO DEBE ADMITIRSE UNA INTERPRETACIÓN QUE CONDUZCA A UN ABSURDO

Afirmar que la prescripción de la acción indemnizatoria principia a transcurrir antes de que ocurra el perjuicio implica un absurdo imposible de aceptar. Si la función de la acción indemnizatoria es reparar los daños que provoca una acción, es de Perogrullo que la prescripción de la acción no puede partir no ha acontecido. De seguirse esta tesis, sucedería que el plazo de prescripción se iniciaría antes que el nacimiento de la acción misma, lo que, obviamente, no puede ser admisible sin destrucción de una mínima lógica jurídica. La prescripción de una acción sólo transcurre desde que ha nacido la acción. “La prescripción no corre contra los derechos o las acciones que aún no han tenido nacimiento. La prescripción es inseparable de la acción y comienza desde que ella existe”¹².

virtud de cumplir con la función estabilizadora y de certeza de atribuida a la prescripción” (ob. cit, pp. 923 y 924).

¹¹ Incluso Chironi que intenta separar las nociones de delito y cuasidelito del daño que ellos provocan, llega a la conclusión que la concurrencia del perjuicio es fundamental para el resarcimiento: No hay responsabilidad civil sin daño (cfr. Chironi, G. P., *La culpa en el Derecho Civil moderno*, T. II, traducción de Bernardo de Quirós, C., Madrid, 1928, pp. 236 y ss.).

¹² Trigo Represas, F. y López Meza, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, Buenos Aires, 2005, p. 583.

Es por esto que Abeliuk indica que la lectura contraria a la que se viene defendiendo, es “inaceptable, pues conduce al absurdo de que la acción resulta prescrita antes de nacer, porque hemos señalado que es requisito de la indemnización la existencia del daño”¹³. Es por lo mismo que Barros señala que “la prescripción sólo puede correr desde que la acción está disponible, o más precisamente, como decía Pothier, desde el día en que el acreedor ha podido entablar su demanda. En ese sentido, debe entenderse que la idea de perpetración del acto no sólo hace referencia a la materialización de la acción, sino a su efecto dañoso en la víctima. Carece de sentido que la acción se extinga por prescripción aun antes que se hayan dado las condiciones para su ejercicio”¹⁴. Por la misma razón sostiene Rodríguez que “malamente podría sostenerse otra cosa, ya que ello implicaría suponer que la prescripción comienza a correr antes que el derecho nazca”¹⁵. Finalmente, es por eso que explica Domínguez, siguiendo a Mosset Iturraspe y reproduciendo la jurisprudencia argentina, que de no aceptarse esta solución “se cae en el absurdo cuando se considera prescrito el reclamo de los daños y perjuicios antes de que estos se hubieren producido”¹⁶.

En síntesis, una mínima lógica excluye que pueda resolverse que la prescripción de cuatro años a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil se inicie antes de que nazca el derecho a la acción indemnizatoria a que se refiere la prescripción.

3. A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO

Es un principio general del Derecho que a lo imposible nadie está obligado. De ello se deduce la regla comúnmente aceptada de que al impedido no le corre plazo. Es por esto que los romanos acuñaron la regla *agere non valenti, non currit praescriptio* (la prescripción no corre para el que no puede ejercitar una acción)¹⁷.

Es irrefutable que cuando de un hecho no se manifiestan daños apreciables, la teórica víctima no está en posición de entablar acción alguna. Ella en verdad se encuentra impedida de accionar en contra del teórico victimario, ya que el perjuicio o aún no existe o permanece desconocido. Resulta imposible que se le imponga a la supuesta víctima de un hecho que todavía no le ha causado daño alguno, que interponga una demanda si ella no tiene nada que reclamar respecto del hecho. En rigor, aún no hay ni víctima ni victimario ¿Es razonable exigir al que no

¹³ Ob. cit., p. 291.

¹⁴ Ob. cit., p. 923.

¹⁵ Ob. cit., p. 483.

¹⁶ Ob. cit., p. 376.

¹⁷ Mans, J. L., *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1979, p. 394.

tiene daño aparente que interponga una acción en contra de quien, por ahora, no lo ha perjudicado?

Los doctrinadores están contestes en que para que pueda correr la prescripción liberatoria, la acción amenazada de prescripción debe encontrarse en condiciones de ser ejercida. En caso contrario el afectado está imposibilitado jurídicamente de accionar en contra del deudor de la prestación.

Dice Enneccerus que “la prescripción comienza cuando el crédito ha nacido”¹⁸. Es también por ello que explica Borda que “la prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (...) es evidente que antes de ese momento no puede empezar a correr el término, desde que la prescripción se funda en la inacción del acreedor y no hay inacción si ha mediado imposibilidad de accionar judicialmente”¹⁹. Es por eso que Alas, de Buen y Ramos afirman que “la primera condición de una prescripción posible depende de la determinación del momento inicial de aquélla: no cabe perder por abandono una acción mientras no sea ejercitable”; y, siguiendo a Pugliese, anotan que “para que la prescripción extintiva comience a correr hacen falta dos requisitos: 1.º un derecho capaz de ser ejercitado; 2.º la falta de ejercicio, o sea la inacción del titular. Ha de ser un derecho ya nacido, ya agregado como entidad cierta y perfecta al patrimonio del titular, y ya apto para ser ejercitado, y además ha de existir la falta de ejercicio”²⁰. En el mismo sentido Hinestrosa escribe: “¿Cuándo comienza la cuenta del término de prescripción? ¿Cuál es ese *dies a quo*? Es de sentido común, a la vez que de equidad elemental, que la cuenta del término de prescripción no se inicie antes de que la acción nazca, o dicho en términos negativos; *actioni nondum non praescribitur*”²¹.

4. NO ES CIERTO EL ARGUMENTO HISTÓRICO INVOCADO EN DEFENSA DE LA TESIS CONTRARIA

Como se explicó, Alessandri afirmó en su momento que el artículo 2332 del Código Civil habría aspirado a finalizar la discusión que teóricamente tuvo lugar en Francia respecto del inicio del plazo de prescripción²². Sin embargo, parece que a dicha época no existía la menor discusión en dicho país acerca de que la prescripción en sede extracontractual se contaba, y se sigue haciendo, desde la fecha en que se manifiesta el perjuicio que se pretende reparar.

¹⁸ Enneccerus (Nipperdey), *Derecho Civil. (Parte general)*, T. I-2, Vol. 2, traducción de Pérez González y Alguer, Barcelona, 1981, p. 1027.

¹⁹ Borda, G., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, Buenos Aires, 1989, p. 17.

²⁰ Alas, L., de Buen, D. y Ramos, E., *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pp. 139 y 145.

²¹ Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, Bogotá, 2000, p. 107.

²² En el mismo sentido Tapia, ob. cit., p. 206.

En efecto, señala Domínguez que “a la época de la redacción del Código Civil chileno, ninguna controversia existía en la doctrina francesa sobre el inicio de la prescripción en materia de responsabilidad civil. Esta apenas sí se interesaba en la responsabilidad civil y las cuestiones suscitadas en materia de prescripción decían relación con los casos en que un mismo hecho era constitutivo de delito penal y civil, pues entonces se dudaba si, extinguida la prescripción señalada por el Código de Instrucción Criminal, podría aún la víctima deducir su acción bajo las reglas civiles, es decir, la prescripción de treinta años. Pero nunca se dudó que la prescripción civil se contara desde otro momento que el de la producción del daño”²³.

Todavía más: No debe perderse de vista que los tres autores franceses que cita Alessandri en apoyo de sus tesis, afirman que la prescripción por ilícitos civiles se cuenta desde la fecha en que se produjo el daño. En efecto, explican Planiol y Ripert que “la prescripción corre solamente desde que se reúnen todas las condiciones que dan derecho a reparación, en particular el perjuicio y que antes de ello la víctima no está obligada a demandar”²⁴. También los Mazeaud sostienen que “la acción de responsabilidad, y por tanto la posibilidad de ejercerla ante la jurisdicción competente, nace, por regla general, en el día en que la víctima sufrió el daño. Una culpa no basta para accionar. El perjuicio es uno de los tres elementos esenciales de la responsabilidad”²⁵. Demogue es de la misma opinión, al afirmar que “cuando se completa el daño se produce el nacimiento de la acción” (...) así “la viuda de un individuo muerto a consecuencia de heridas, el perjuicio no comienza para ella sino con la muerte del marido, su acción comienza a prescribir sólo este día”²⁶. Incluso autores franceses relevantes de la época, no mencionados por Alessandri, como Budry-Lacantinerie y Tissier, opinan, sin dudas, que la prescripción liberatoria se cuenta “desde que el derecho existe o desde que la acción ha nacido” (...) “toda acción, todo derecho puede prescribir en principio a partir de su nacimiento”²⁷.

En consecuencia, y a la vista de estos antecedentes, resulta evidente que ni en el Derecho francés del siglo antepasado, ni en el del siglo pasado, ni mucho menos en la actualidad, existió ni existe una controversia como la sugerida. Por el contrario, es claro que la prescripción por hechos ilícitos principia una vez que el perjuicio se ha manifestado. La cuestión histórica, en consecuencia, beneficia la solución que se defiende, y no juega en contra de ella.

²³ Ob. cit., p. 375.

²⁴ Planiol, M. y Ripert, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, T. VI, Paris, 1930, n° 670, pp. 904 y 904 (traducción del autor).

²⁵ Mazeaud, J. y H., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (Eismen), T. III, Paris, n° 2078.

²⁶ Demogue, R., *Traité des obligations en general*, T. I, *Sources des obligations*, T. IV, Paris, 1924, n° 567, p. 243 (traducción del autor).

²⁷ Budry-Lacantinerie, G., y Tissier, A., *Traité théorique et pratique de Droit Civil. De la prescription*, 1905, n° 380 y 381, pp. 297 y 298 (traducción del autor).

5. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONDUCEN A QUE LA PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 2332 DEL CÓDIGO CIVIL SE INICIA CUANDO EXISTE PERJUICIO

Podrá pensarse que la lectura que se viene haciendo del artículo 2332, vulneraría su tenor literal, lo que violaría la regla del artículo 19 del Código Civil, por una parte, y el artículo 23 del Código Civil, por otra, ya que se estaría desvirtuando aplicación de un precepto legal sobre la base de lo odioso que él parece. Sin embargo, esto no es de recibo.

Se ha dicho que el artículo 2332 está redactado pensando en la situación habitual en la que el daño es coetáneo al hecho que lo produce. Lo que normalmente acontece es que el daño se produce y manifiesta tan pronto como ocurre el hecho que es su causa. Sin embargo, el artículo no está concebido suponiendo que el perjuicio no se produce en forma simultánea al hecho, en este daño que nace tiempo después de haber tenido lugar los hechos lesivos.

Por otra parte, como también se ha señalado, el delito o cuasidelito civil sólo se entiende “perpetrado” cuando ha tenido lugar el perjuicio. Antes de eso no existe hecho ilícito, la acción no nace, y, por lo tanto, es imposible que pueda correr la prescripción extintiva. Sería de antología que se sugiera que la víctima, y que en verdad no lo es, tiene cuatro años para pedir la reparación de perjuicios que no ha padecido; y que cuando en verdad los sufra, se le diga que ahora ya no puede accionar porque su acción prescribió.

Todavía más. La tesis literalista, que le atribuye importancia extrema al tenor del texto legal al texto, termina por desconocer la letra del artículo 2332 del Código Civil. No puede dejarse de advertir que el artículo en cuestión comienza diciendo “las acciones que concede este título por daño o dolo...”. Como se ha dicho antes, esto deja en la más absoluta evidencia que la acción de indemnización surge con el daño. Así lo dice la norma. La acción se otorga gracias al daño, y si éste no existe no hay acción alguna que pueda deducirse. Como antes se ha dicho, el precepto legal no indica que la acción de responsabilidad extracontractual prescriba en cuatro años contados desde los hechos, sino que señala que cuando nace una acción por daños, esa acción se extingue por prescripción a los cuatro años desde que el daño se cometió.

Por tanto, no existe infracción al artículo 19 de Código Civil al contar la prescripción liberatoria del artículo 2332 desde que se ha consumado el delito o cuasidelito por la concurrencia de todos los elementos que son necesarios para ello.

Esto, por lo mismo, no impone una interpretación fundada en lo odioso de la disposición, ni infringe el artículo 23 del Código Civil. Se trata de una hermenéutica con bases estrictamente técnicas y de justicia. La base

técnica viene dada por la concurrencia del daño para la configuración del ilícito civil. La justicia está dada porque resulta poco equitativo para la teórica víctima que la prescripción de su acción se le cuente desde antes que ella haya nacido.

6. UNA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA IMPONE QUE LA PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 2332 DEL CÓDIGO CIVIL SE COMPUTE DESDE QUE SE PRESENTA EL DAÑO

Dice el artículo 24 del Código Civil que “en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. Esta es la regla de la interpretación armónica. Por ella se busca la debida correspondencia que debe existir entre el precepto que se interpreta, por una parte, con el ordenamiento jurídico, por otra. Sólo así habrá debida armonía entre el todo y la parte. Por este expediente se descarta toda lectura que conduzca a que la norma interpretada no se concilie con el resto de la legalidad.

Ocurre que buena parte de las normas referidas a un daño que se manifiesta con posterioridad a los hechos que los causan, resuelven que la prescripción se cuenta desde la concurrencia del perjuicio, y no desde el hecho mismo.

En efecto, y en primer lugar, está el inciso primero del artículo 79 de la Ley Nº 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que dispone que las acciones para reclamar las prestaciones por enfermedades profesionales prescribirán en el término de cinco años “desde el diagnóstico de la enfermedad. En el caso de la neumoconiosis el plazo de prescripción será de quince años, contado desde que fue diagnosticada”. Resulta evidente, que en el caso de enfermedad profesional el daño suele manifestarse bastante después del desempeño del trabajador en la industria, empleo o faena. En por esto que ley resuelve que el plazo de prescripción se cuenta desde que “se diagnostica la enfermedad”, es decir, desde que se toma conocimiento y se certifica el daño. Ahora, si esta enfermedad es neumoconiosis, el plazo se extiende a 15 años, precisamente debido a que el signo del perjuicio puede demorar mucho más en aparecer.

En segundo lugar, los artículos 8 y 36 del Decreto Ley Nº 3.557 de 1980, sobre control de plagas, sientan el mismo principio: Solamente corre la prescripción desde que se haya manifestado el perjuicio. Si el Servicio Agrícola y Ganadero dispone la ejecución de trabajos para controlar una plaga que afecten a los destinatarios de dichas medidas, éstos, de conformidad al artículo 8.2, podrán reclamar la indemnización del daño emergente ocasionado, y este derecho prescribirá en el plazo de un año,

“contado desde que aparezcan de manifiesto los perjuicios producidos”. De igual modo, de acuerdo al artículo 36, si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, éstos podrán demandar la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año “contado desde que se detecten los daños”. “En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”. Es evidente, entonces, que en las hipótesis en las que el daño no es coetáneo a la ocurrencia del hecho, la prescripción solamente se cuenta a partir de que el perjuicio se hace manifiesto, y no desde que se adoptan las medidas dañinas o se aplican los plaguicidas.

En tercer lugar, el artículo 63 de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, señala que “la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño”. El suceso que causa el perjuicio al medio ambiente puede haberse producido con muchísima antelación a la época en que se hace evidente el daño. Es precisamente por esta circunstancia que expresamente se dispone que el plazo de prescripción de cinco años no se cuenta desde que se perpetró el acto de contaminación, sino desde que “desde la manifestación evidente del daño”.

Un mínimo de armonía dentro del ordenamiento jurídico nacional implica concluir que cuando los daños se conocen o manifiestan tiempo después del hecho que los originó, la prescripción del caso no puede tener lugar sino desde que se conoce el perjuicio.

7. LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN REQUIERE DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRINGIDA

Jamás se ha hecho cuestión en torno a que las instituciones de excepción se aplican restrictivamente. Siempre que se enfrenta una excepción ella no puede ser ni aplicada por analogía ni puede ser interpretada ampliamente.

Trigo y López explican que la prescripción “es de interpretación restrictiva. Ello implica que la declaración de prescripción de una acción constituye última ratio, es decir, la última medida, que el juez debe tomar cuando no es posible sustentar ningún criterio favorable a la subsistencia del derecho”. “La interpretación de la prescripción debe ser restrictiva y en consecuencia ha de estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción; es decir, que en caso de duda, debe estarse por la subsistencia del derecho”²⁸.

²⁸ Ob. cit., p. 576. Con base en este principio la jurisprudencia argentina ha resuelto, por ejemplo, que: a) la exégesis de las cláusulas legales que instituyan términos de excepción en materia de prescripción debe ser estricta; b) siendo la prescripción de interpretación restrictiva, no cabe efectuar una aplicación analógica en desmedro de la subsistencia de las acciones que protegen los derechos; c) en caso de duda sobre la existencia de la prescripción,

Siendo el artículo 2332 del Código Civil una norma de prescripción, y resultando esta última una regla de orden público, no cabe más que otorgarle una aplicación restringida. Se trata de beneficiar el derecho a la reparación del daño provocado, y no de fortalecer la imposibilidad física o material de la víctima de ser compensada por sus daños. Resolver que la prescripción de la acción de indemnización corre a pesar de que los perjuicios que mediante ella se pretende reparar no se han evidenciado, importa favorecer la institución de la prescripción por sobre la de la responsabilidad, ampliando el ámbito de la primera y restringiendo el de la segunda.

8. LOS FUNDAMENTOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EXIGEN QUE ELLA NO SE INICIE EN TANTO NO HAYA VERDADERA INACTIVIDAD DE LA VÍCTIMA

No obstante las variadas razones que desde hace mucho se han expuesto para fundamentar la prescripción liberatoria, el argumento más extendido es que ella es una sanción para quien no ha ejercido sus derechos en tiempo oportuno²⁹. Con esta tesis subjetiva explicativa se castiga la inacción del titular del derecho, se sanciona el silencio del titular y el no ejercicio del derecho. La prescripción liberatoria castiga al que se duerme, olvidándose de sus derechos, porque ellos son para ejercerlos.

Si la teórica víctima de un hecho aún no ha padecido daño, debido a que éste todavía no se ha hecho evidente, no puede acusársele de negligencia en el ejercicio de su derecho. La conclusión inversa es contraria a esta reconocida finalidad de la prescripción extintiva. Ella tiene “por antecedente la reticencia del acreedor en hacer valer sus derechos. Nada se puede reprochar a quien omite ejercer una acción que aún no nace, como ocurre si el plazo es contado desde el hecho que da lugar a la responsabilidad”³⁰.

debe optarse por la subsistencia de la acción, en razón de su interpretación restrictiva; d) el carácter restrictivo de la prescripción lo es a favor de la subsistencia del derecho y por el plazo más dilatado; e) en materia de prescripción el criterio debe ser restrictivo, porque no es sino la aplicación del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, con jerarquía de principio general de derecho; f) el instituto de la prescripción es de interpretación restrictiva, por lo que en caso de duda se mantiene vivo el derecho; y g) la prescripción es una institución de orden público, razón por la que en caso de duda debe estarse a la solución más favorable a la subsistencia de la acción, dando preferencia al plazo de prescripción más amplio (*Ibidem*, pp. 576 y 577).

²⁹ Cfr. Alas, de Buen y Ramos, ob. cit., p. 60.

³⁰ Barros, ob. cit., pp. 923 y 924.

9. LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DE ITALIA Y ARGENTINA HAN LLEGADO A LA MISMA CONCLUSIÓN

La doctrina y jurisprudencia de varios países que cuentan con normas semejantes al artículo 2332 de nuestro Código Civil no han tenido inconvenientes para llegar a concluir que la prescripción de la acción indemnizatoria por ilícitos no corre sino desde que el daño se manifiesta.

En efecto, de conformidad al inciso primero del artículo 2947 del Código Civil italiano “el derecho al resarcimiento del daño derivado de un acto ilícito prescribe en cinco años del día en el cual el acto ilícito se ha verificado”. Como se advierte, la regla es muy semejante a la chilena. Ello, como se indica, no ha impedido que la jurisprudencia y la doctrina hayan resuelto que si el daño se ha evidenciado después del día en que se verificó el hecho ilícito, la prescripción se cuenta desde ese momento y no desde el hecho mismo. La Corte de casación italiana ha resuelto que “el plazo de prescripción del derecho al resarcimiento del daño por hecho ilícito comienza a correr no desde el momento en que el hecho del tercero determina la modificación que produce el daño al derecho ajeno, sino desde el momento en que la producción del daño se manifiesta al exterior, haciéndose objetivamente perceptible y reconocible”³¹.

En Argentina dispone el artículo 4037 del Código Civil que “prescribese por dos años la acción por responsabilidad civil extracontractual”. A pesar de esta redacción la doctrina concluye que si el daño sobreviene después del hecho la prescripción principia una vez que aparece el daño. Indica Mosset de Espanés que “el derecho de un pueblo no se reduce a los dispositivos legales contenidos en un Código, sino que se integra con otras fuentes y si acudimos a la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han dado a este problema, advertiremos que de manera prácticamente unánime han entendido que la prescripción de esas acciones recién puede comenzar su curso cuando la víctima toma conocimiento del hecho dañoso”³². De la misma forma lo ha sentenciado reiteradamente la jurisprudencia³³.

En vista de lo anterior, parece que la solución no debe ser otra en Chile. Si la doctrina y la jurisprudencia de los sistemas jurídicos con reglas similares a las nuestras se uniforman en el sentido de que la prescripción no comienza si no se ha evidenciado el perjuicio, no se entiende cómo en Chile, sin dejar de lado la técnica, la lógica y la justicia, podría llegarse a soluciones distintas.

³¹ Casación Civil, III, 12 de agosto de 1995, 8845 y II, 18 de mayo de 1987, 5432 (cfr. Domínguez, ob. cit., p. 377).

³² Mosset de Espanés, L., “El momento inicial de la prescripción y la ignorancia del hecho ilícito dañoso”, *Jus*, La Plata, 1984, n° 36, p. 41.

³³ Véase Borda, ob. cit., p. 86 y las sentencias ahí citadas.

10. NORMAS EXPRESAS DE DERECHO COMPARADO RECOGEN EL PRINCIPIO

Muchos códigos, antiguos y recientes, recogen la regla según la cual la prescripción de la acción de responsabilidad civil no corre sino desde que se evidencia el perjuicio provocado por el hecho ilícito.

Entre los códigos más recientes y relevantes se cuenta el holandés de 1992. Según el párrafo 1 del artículo 310 de su Libro 3, la acción de indemnización de perjuicios prescribe en el término de los cinco años contados desde el día siguiente de aquel en que “el perjudicado tomó conocimiento tanto del perjuicio como de la persona responsable de los mismos”, y en todo caso al término de los veinte años posteriores al hecho que causó el perjuicio³⁴.

El mismo es el principio que recoge el Código Civil de Quebec que entró en vigencia el año 1994. Según su artículo 2925, la acción que tiende a hacer valer un derecho personal que no tiene fijado otro plazo de prescripción, prescribe en tres años. Sin embargo, el artículo 2926, al efecto de computar dicha prescripción, señala que cuando el derecho de accionar emane de un perjuicio moral, corporal o material que se manifiesta gradual o tardíamente, “el plazo se computa desde el día en que él se manifieste por primera vez”³⁵.

Pero como se dice, esta no es una regla nueva en los códigos civiles, y ella ya viene en códigos del siglo pasado.

El párrafo 852.1 del Código Civil alemán (*BGB*), señala que la pretensión de indemnización de cualquier daño que se derive de un acto ilícito queda excluida por prescripción a los tres años “desde el momento en el que la parte perjudicada conociese el daño y la identidad de la persona responsable de la indemnización, y sin considerar dicho conocimiento, a los treinta años de la realización del acto”³⁶.

De la misma forma, el artículo 1968, número 2, del Código Civil español, señala que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 (hechos ilícitos), “desde que lo supo el agraviado”. La uniformidad de la doctrina apoya esta solución³⁷.

Más aún, las nuevas leyes que establecen responsabilidad civil por productos defectuosos siguen la regla según la cual la prescripción solamente

³⁴ T. del A.

³⁵ T. del A.

³⁶ *Código Civil alemán comentado. BGB*, traducción de Eiranova Encinas, E., Barcelona, 1998.

³⁷ Cfr. Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. III, Barcelona, 1983, pp. 216 y ss.; Pascual Estivill, L., *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, T. II, Vol. 2, Barcelona, 1992, pp. 689 y ss. y de Ángel Yáñez, R., *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, pp. 339 y ss.

corre desde la ocurrencia del perjuicio. Así, por ejemplo, dispone en España el artículo 12.1 de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que la acción de reparación de los daños y perjuicios prescribirá a los tres años, “a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio”, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, “siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio”³⁸.

Por otro lado, toda la responsabilidad que se le viene atribuyendo en los últimos años a las tabacaleras por los daños provocados a los fumadores, se basa en la idea de que la prescripción sólo corre desde que el afectado supo del daño y le fue posible identificar al responsable, y no desde que el sujeto comenzó a fumar. Se ha entendido que es el diagnóstico de la enfermedad asociada al consumo de tabaco lo que determina la fecha de inicio de la prescripción³⁹.

V. EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA

La cuestión del cómputo del plazo de prescripción de la acción en la responsabilidad civil extracontractual ha estado presente en la jurisprudencia desde antiguo. Si bien varias veces se ha resuelto que el plazo de cuatro años que menciona el artículo 2332 del Código Civil corre desde que se cometió el hecho ilícito, no es menos cierto que también en muchas ocasiones en que el daño se ha evidenciado con posterioridad al hecho mismo que lo origina, se ha sentenciado que el término de la prescripción cuenta desde esta manifestación y no desde que se cometió el hecho.

En cualquier caso, debe tenerse presente que lo relevante en este punto son las sentencias que se han librado precisamente en aquellos supuestos en los que el perjuicio se manifiesta con posterioridad al hecho que lo origina, y no los fallos que se han limitado a aplicar la regla del artículo 2332 del Código Civil a los casos habituales en que el daño es coetáneo al ilícito. Pero esos no son los relevantes ni aportan demasiado a la cuestión.

³⁸ La jurisprudencia ha entendido que este plazo, en todo caso, no puede superar los diez años desde la fecha que el producto se puso en circulación (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1996 (cfr. Reyes López, M., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: La del fabricante de productos defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, 1998, p. 237).

³⁹ En Chile en sentido semejante sostiene López que “la prescripción debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño, pues demandar con anterioridad sería absurdo pues el daño todavía no se había producido. Hay jurisprudencia que señala que la prescripción empieza a correr desde que se comete el hecho ilícito, y no desde la fecha en que se ocasionó el daño, lo cual lleva a una distinción entre ambos conceptos” (López Díaz, C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores”, *Gaceta Jurídica*, 380, pp. 70 y ss.).

Los verdaderamente importantes son los que el sentenciador se ha visto enfrentado al problema de aplicar la prescripción en un supuesto en el que el perjuicio se hizo evidente tiempo después de que se ejecutó el hecho ilícito, y en donde, a fin de cuentas, la prescripción comienza a correr antes que el daño⁴⁰.

Entre las sentencias que representan este problema y que resuelven bien la cuestión, destaca la librada por la Corte Suprema el 1 de agosto de 1967. Ella resolvió que “no resulta difícil llegar a la conclusión que el artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de corto tiempo para las acciones que concede el correspondiente título, al referirse al momento inicial, diciendo ‘contados desde la perpetración del acto’, ha aludido al acto dañoso, pues no se puede suponer una absurda inconsecuencia de la ley en orden a exigir, para el nacimiento de la obligación de indemnizar, la producción de un daño, y, en cambio, prescindir de ese elemento fundamental para que empiece a correr el plazo especial de prescripción, pues –como bien se sostiene en el recurso– ello implicaría el que comenzara el término de la extinción de la obligación antes de que ella hubiere nacido” (...) “si bien es cierto que en numerosos casos el tiempo que transcurre entre la realización de la acción u omisión y la producción del daño es casi inapreciable, ello no autoriza al intérprete para transformar una regla de experiencia en una regla absoluta y resolver que ambas fases del hecho coinciden siempre en el suceder cronológico, pues se trata de momentos que jurídicamente tienen una propia autonomía, como especialmente puede apreciarse en materia penal, en que hay delitos de mera actividad que no requieren de un efecto dañoso determinado, y en que se castiga la tentativa y frustración, aun cuando el hecho típico no llegue a consumarse. Que, por lo demás, el propio uso del vocablo ‘perpetración’, que implica la acción y efecto de ‘perpetrar’, lleva a la conclusión de que el Código se ha referido precisamente al hecho complejo –constituido por una acción u omisión, un daño y una relación causal– pues el verbo ‘perpetrar’ que según el léxico se aplica a delitos con culpa grave, significa ‘cometer’ o ‘consumar’, y no es posible sostener que se puede ‘cometer’ o ‘consumar’ un hecho dañoso sin que se produzca ningún daño (...) “como consecuencia de lo dicho anteriormente debe entenderse que el momento inicial, desde el cual comienza a correr la prescripción especial de corto tiempo establecida en el artículo 2332 del Código Civil, es aquel en el que se produjo el daño consecuencial a la realización, por parte del autor, de un delito o

⁴⁰ Entre las sentencias más recientes que resuelven la cuestión a favor del cómputo de la prescripción desde que se cometió el hecho ilícito y no desde que se produjo el daño: Corte Suprema, 30 de noviembre de 2006, *Banco de Crédito e Inversiones S. A. con Alarcón Martínez*, Rol 5445/2005 y Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de marzo de 2009, *Beltrán Letelier con Banco Santander Chile*, Rol 1857/2007.

cuasidelito, pues la expresión ‘perpetración del acto’, usada en él, tiene el significado amplio de realización de una acción que provoca causalmente un daño indemnizable y no –como lo ha entendido la sentencia recurrida– significado restringido de sólo la acción, prescindiendo del resultado dañoso”⁴¹.

Más allá todavía fue la Corte Suprema en sentencia de 29 de diciembre de 1976, cuando con ocasión de la aplicación de las normas de la antigua Ley N° 15.703, sobre plaguicidas, resolvió que el plazo de prescripción se cuenta desde que termina la evolución del daño que se ha ocasionado por la actuación ilícita⁴².

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 18 de abril de 1980, señaló que debe acogerse la demanda de daño moral “si éste es el resultado de una secuencia de hechos y desde el día de la terminación de esa secuencia hasta la notificación de la demanda del perjudicado no han transcurrido los plazos prescritos de los artículos 2332 del Código Civil (cuatro años) y 2515 del mismo cuerpo legal (cinco años para las acciones ordinarias)”⁴³.

En 1981 la Corte Suprema, en sentencia de fecha 6 de noviembre, recogió nuevamente esta solución, aunque para lo que denomina ilícito continuado, resolviendo que la prescripción de la acción de indemnización debe contarse desde aquél en que cesa el ilícito, desechando la excepción de prescripción basada en el artículo 2332 del Código Civil⁴⁴.

En fecha más próxima, la Corte de Apelaciones de Santiago, en pronunciamiento de fecha 1 de septiembre de 2004, dijo respecto del artículo 2332 del Código Civil, que “la jurisprudencia y la doctrina, en un principio, entendían que el plazo de prescripción de cuatro años comenzaba en el instante de la acción u omisión culpable o dolosa del autor del daño, aunque el daño se ocasionare posteriormente. La Corte Suprema sentó la buena doctrina, cambiando de opinión, y contó el plazo de prescripción desde el momento en que se produjo el daño, evitando con esta interpretación el absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque es requisito de la indemnización la existencia del daño que puede manifestarse con posterioridad al acto culposo o doloso”⁴⁵.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en pronunciamiento de 10 de agosto de 2005, en *Alarcón con Banco de Crédito e Inversiones*, sentenció también que el artículo 2332 del Código Civil consagra una prescripción extintiva especial para los delitos y cuasidelitos civiles, y como el legislador no ha definido este último concepto, la jurisprudencia de la Corte Suprema

⁴¹ *RDJ*, 64, 1, 265.

⁴² *FM*, 217, 313.

⁴³ *RDJ*, 77, 2, 28.

⁴⁴ *RDJ*, 78, 5, 326.

⁴⁵ *GJ*, 291, 129.

se ha encargado de llenar este vacío señalando (en fallo de 19 de abril de 2005, rol 2297-4) que entiende que “el momento inicial desde el cual comienza a correr la prescripción del artículo 2332, es aquel en que se produjo el daño consecuencial al ilícito, pues la expresión ‘perpetración del acto’ usada en el precepto tiene un significado amplio de realización de una acción u omisión que provoca causalmente un daño indemnizable”⁴⁶.

Nuevamente la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 11 de noviembre de 2005, resolvió que tratándose de un delito de efectos permanentes en el tiempo, “no puede concluirse que el plazo de prescripción de la acción civil para hacer efectiva la responsabilidad de quien es sujeto pasivo de la acción haya comenzado, en los términos que establece el artículo 2332 del Código Civil”⁴⁷.

Más recientemente, la Corte Suprema se ha vuelto a pronunciar sobre el tema, y rechazó un recurso de casación en el fondo deducido en contra de una sentencia librada por la Corte de Apelaciones de La Serena en los autos *Lizana y otros con Banco del Estado*, en la que expresamente recogió la doctrina de que no hay prescripción mientras el daño no se ha manifestado. La sentencia de la Corte Suprema es de 19 de abril de 2005 y la de la Corte de La Serena de 27 de abril de 2004. Se estableció que “la doctrina nacional está conteste en que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria dice relación, tanto con los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales que del hecho dañoso se deriven, plazo que se cuenta desde que se perpetra el acto, esto es, desde que se consuma. A este respecto, útil resulta transcribir un considerando de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 1967 que, en lo pertinente expresa:

⁴⁶ Rol 2845/2004.

⁴⁷ GJ 313. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de julio de 2010, Rol 617/2100 (*Westlaw Chile* CL/JUR/4141/2010). Debe dejarse consignado que esta no es la tesis de los fallos que se han venido dictando especialmente por la Tercera Sala de la Corte Suprema con ocasión de los delitos asociados a las llamadas violaciones de derechos humanos y que han sido dirigidas en contra del Fisco en los denominados casos de detenidos desaparecidos (cfr. Corte Suprema: 29 de septiembre de 2004, Rol 2046/2003; 15 de mayo de 2002, Rol 4753/2001 y 27 de diciembre de 2006, Rol 6049/05; 30 de noviembre de 2009, Rol 1748/2008 (*Westlaw Chile* CL/JUR/6990/2009); 11 de marzo de 2010, Rol 2493/08 (*Westlaw Chile* CL/JUR/5431/2010); 29 de julio de 2010, Rol 5819/2008, (*Westlaw Chile* CL/JUR/4193/2010); 31 de agosto de 2010, Rol 4300/2008 (*Westlaw Chile* CL/JUR/6324/2010); 18 de octubre de 2010, Rol 4833/2008 (*Westlaw Chile* CL/JUR/8401/2010). En contra de esta tendencia se manifiesta el fallo de mayoría de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 1 de junio de 2010, que acoge la tesis de la imprescriptibilidad de la acción civil fundada en el carácter humanitario de la indemnización de perjuicios en estos supuestos (Rol 994/2009, *Westlaw Chile* CL/JUR/3400/2010).

Para Domínguez esta tesis “es más que discutible, por no decir absurda”. Según sostiene “en esta situación nos parece que se ha olvidado que el acto no sólo se perpetra con la sola detención, sino que continúa perpetrándose mientras el detenido no queda libre y el daño se sigue produciendo, manteniéndose la ilicitud. Más aún, el que órganos del Estado hayan occultado a los deudos lo que ocurrió con el detenido, es un nuevo hecho dañoso, pues ha impedido a ellos ejercitar la acción resarcitoria por la muerte evidente del desaparecido” (ob. cit., pp. 375 y 376).

“Que, como consecuencia de lo dicho anteriormente, debe entenderse que el momento inicial, desde el cual comienza a correr la prescripción especial de corto tiempo establecida en el artículo 2332 del Código Civil, es aquel en que se produjo el daño consecuencial a la realización, por parte del autor, de un delito o cuasidelito, pues la expresión ‘perpetración del acto’, usada en él, tiene el significado amplio de realización de una acción que provoca causalmente un daño indemnizable (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 64, 2ª parte, Sección 1ª, p. 265)”⁴⁸.

Más recientemente todavía, la Corte de Apelaciones de Rancagua en fallo de 30 de septiembre de 2010, se ha pronunciado en el mismo sentido, señalando que “respecto de los demás tópicos de los perjuicios reclamados, esto es, de los producidos con ocasión de la dictación de la Resolución N° 6-19571, de 6 de noviembre de 2002, que lo priva de la pensión de invalidez, a contar del mes de enero de 2003 y del daño moral, hay que precisar que el plazo de cuatro años antes referido del artículo 2332 del Código Civil, se cuenta desde que se produce el hecho dañoso, es en el entendido que el acto es uno solo e instantáneo. *Pero, ocurre que hay situaciones, como la de autos, en que los hechos fundantes de la demanda indemnizatoria son complejos y están constituidos por una serie de actos concatenados, unidos entre sí de tal forma, que conforman una unidad, que permite contabilizar el plazo de prescripción, desde que se produce el último de los actos, instante en que se materializa el perjuicio propio de la responsabilidad extracontractual*, que en el caso concreto, se verifica con la notificación de la Resolución N° 6-19571, de 6 de noviembre de 2002, de la Comisión Médica de Reclamos, que dispuso la inexistencia de la enfermedad profesional de silicosis y que privó al actor de la pensión de invalidez”. “Que como sobre tal hecho no hay dato cierto alguno, *ha de considerarse que el actor tomó conocimiento efectivo de esa resolución el día que concurrió al pago de su pensión y no la recibió, esto es, el 20 de enero de 2003, oportunidad en que supo, en forma fehaciente, que había sido privado de la pensión*” (c. 6 y 7)⁴⁹.

Tal vez uno de los casos más actuales en que se haya planteado la cuestión de la prescripción cuando el daño sobreviene con posterioridad al hecho ilícito que lo provoca, se ha planteado en los autos *Mera y otros con Municipalidad de Viña del Mar*, del Primer Juzgado Civil de Viña del Mar.

Los hechos que motivan esta causa son los siguientes: en los años 1996 y 1999, unos arquitectos solicitaron permisos de construcción para viviendas ubicadas en el denominado sector Cochoa. El emplazamiento de estas construcciones era privilegiado, ya que estaban ubicadas en altura lo que les aseguraba una gran vista al mar y una permanente y

⁴⁸ Lexisnexis 32041

⁴⁹ Rol 204/2010 (Westlaw Chile CL/JUR/7921/2010).

gran luminosidad. De acuerdo a las certificaciones que en su momento emitió el municipio, estos inmuebles estaban emplazados en un sector que, conforme al plan regulador, correspondía al denominado H-5. Ello aseguraba que en los terrenos que estaban por delante era imposible construcciones en altura y de mucha densidad que pidieran cubrir la vista al mar y los privara de la luz. No eran posibles edificaciones de más de cuatro pisos. En virtud de esta certificación, los arquitectos construyeron sus viviendas que fueron reconocidas en revistas especializadas por su diseño y arquitectura.

Sin embargo, en febrero de 2002, ocurrió que en el terreno ubicado por delante de estas construcciones comenzaron a levantarse cuatro grandes torres de 12 pisos cada una, y de un inmenso volumen, que comenzaron a cubrir totalmente las casas de los arquitectos y a condenarlas no solo a la privación de la vista sino que también de la luz. Evidentemente que estas estructuras cambiaban además la densidad poblacional del sector.

Ante esto los afectados reclamaron por escrito a la municipalidad y pidieron un pronunciamiento formal sobre las condiciones de construcción en el lugar. Los oficios de respuesta del mismo mes de febrero de 2002 señalaron que las propiedades de los arquitectos no estaban emplazadas en el sector H-5 del plan regulador, sino que en el correspondiente a la sigla H-7, que sí permitía estas edificaciones en altura y con estos volúmenes. En otras palabras, existió un error en la certificación entregada a los arquitectos varios años antes.

Los afectados dedujeron una demanda de indemnización de perjuicios en contra del municipio por falta de servicio en el mes de enero de 2006. Ella se exceptuó, entre otras cosas, con la prescripción extintiva, ya que desde el error del municipio habían pasado más de cuatro años.

La sentencia de primera instancia, de fecha 29 de mayo de 2009, acogiendo la tesis de los demandantes, desestimó la prescripción extintiva. Entendió que los afectados tomaron conocimiento formal del error en febrero de 2002, cuando la municipalidad les informó de las verdaderas condiciones del sector en el que habían construido sus viviendas. En otros términos, la prescripción debía contarse desde que los afectados conocieron de la falta de servicio y del daño ocasionado⁵⁰.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia el 20 de abril de 2010, sin entrar a la cuestión de la prescripción⁵¹. La casación deducida en contra de esta sentencia está pendiente, pero la cuestión de la prescripción no fue objeto del recurso.

⁵⁰ Rol 253/2006.

⁵¹ Rol 1052/2009.

VI. CONCLUSIONES

Consecuencias de todo lo antes dicho y explicado, son las siguientes:

- a) La prescripción de la acción emanada de un ilícito civil comienza a correr solamente una vez que el delito o cuasidelito se ha configurado por la concurrencia de todos y cada uno de los factores necesarios para ello, específicamente por la verificación del requisito daño. Si este no concurre, no se perpetra ilícito civil alguno, pues éste, por definición, es un hecho que causa daño. Sin embargo, en los casos en que el daño se manifiesta tiempo después, ahí se configura el delito o el cuasidelito, y se inicia la prescripción de cuatro años del artículo 2332 del Código Civil.
- b) La lógica impide que la prescripción a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil principie antes de que nazca la acción indemnizatoria misma. Ésta sólo surge con el daño, y si no lo hay, la acción no nace.
- c) Si es un principio general de derecho que a lo imposible nadie está obligado y que al impedido no le corre plazo, es incuestionable que si de un hecho no resultan daños inmediatos, la supuesta víctima no tiene la posibilidad de deducir acción alguna, lo que a su turno impide que se inicie algún tipo de prescripción liberatoria.
- d) La prescripción es una institución de excepción. Como tal debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. Ello implica que su declaración es una actuación de última medida, que el sentenciador sólo debe asumir cuando no es posible sustentar ningún criterio favorable a la subsistencia del derecho.
- e) La interpretación armónica del artículo 2332 del Código Civil con el resto de las normas del ordenamiento nacional que se refieren a la prescripción de acciones civiles por daños originados con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, exige contar la prescripción liberatoria desde la manifestación del daño.
- f) Más aún, una interpretación literal de la regla del artículo 2332 impone tener en cuenta dos cosas: La primera, es que el artículo comienza señalando que las acciones que concede el título 35 del Libro IV, son por “daño” o dolo, de lo que se colige que no hay acción sin daño. La segunda, es que el precepto usa la expresión “perpetración”, lo que significa “consumación”, y ella solamente se produce una vez que el daño originado con el hecho lesivo se manifiesta.
- g) El fundamento de la prescripción liberatoria es la inactividad del titular del derecho. Si en verdad no hay inactividad, porque el perjuicio no se ha evidenciado, no puede correr prescripción. La uniformidad de la actual doctrina especializada del Derecho Civil chileno, y buena parte de los fallos recientes, se manifiestan en este sentido.

- h) La jurisprudencia y la doctrina relevante del Derecho comparado, con normas en extremo semejantes a nuestro artículo 2332, han llegado a la conclusión de que no corre prescripción si la acción de que se trata no ha nacido, y que mientras no se manifieste el daño causado por el hecho ilícito, la prescripción no puede comenzar, por no concurrir los presupuestos necesarios para que exista la responsabilidad civil.
- i) Si se estimare que la solución propuesta conduciría en los hechos a una suerte de imprescriptibilidad, que atentaría contra la razonable certeza que debe presidir las relaciones jurídicas, bien podría concluirse que el plazo máximo de prescripción es de diez años, tomando como referencia los plazos máximos de prescripción existentes entre nosotros. De esta forma, podría concluirse, razonablemente, que si bien la prescripción extintiva por delitos y cuasidelitos civiles se cuenta desde que el daño originado por ellos se manifiesta, el término no podrá pasar de un decenio contado desde que ocurre el hecho ilícito.

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”¹.

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”².

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.

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

² 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”³.

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”⁴.

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

⁴ 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 Ministerio⁵. 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”⁶.

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.

⁵ Rufián, D., ob. cit., p. 89.

⁶ 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”⁷.

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 Civil⁸.

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 ter⁹, 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

⁷ Rufián, D., ob. cit., p. 112.

⁸ 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.

⁹ 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:

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

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

3ª) 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 garantía¹⁰.

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

¹⁰ 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...”¹¹. 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

¹¹ 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 Fueyo¹², Hernán Larraín Ríos¹³ y Ramón Meza Barros¹⁴.

Esta interpretación no es compartida por la mayoría de la doctrina que sostiene que la expresión demanda judicial del art. 2518 inc. 3º 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 1925¹⁵, 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”¹⁶. Para Emilio Rioseco, igualmente, “El término ‘demanda judicial’ del art. 2518 del Código Civil está precisado en su alcance por el art. 2503, inc. 1º, 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.

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

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

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

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

¹⁶ Domínguez Águila, R., ob. cit., pp. 239-240.

Civil. Basta que implique el ejercicio de su derecho por el acreedor, que sale de inactividad”¹⁷. En igual sentido, Pablo Rodríguez sostiene que “la referencia a ‘demanda judicial’ del artículo 2518 inciso 3º está hecha a cualquier gestión contenciosa que implique el ánimo de hacer efectivo el derecho”¹⁸. 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”¹⁹.

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”²⁰.

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”²¹. Aunque el mismo autor propicia que nuestra legislación debería flexibilizarse en esta materia: “bien podrían

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

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

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

²⁰ 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.

²¹ 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”²².

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. 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 judicial²³.

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

²² Domínguez, R., ob. cit., p. 231.

²³ 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 prescripción²⁴.

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

²⁴ 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 jurisdiccionales²⁵. 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

²⁵ 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 asunto²⁶. 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

²⁶ 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 producen²⁷.

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”²⁸. 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”²⁹.

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 acreedor³⁰.

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”³¹.

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

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

²⁸ Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 1096.

²⁹ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., t. III, p. 208.

³⁰ 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).

³¹ 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)³².

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 monto³³.

4. INTERRUPCIÓN 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”³⁴.

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

³³ 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”.

³⁴ 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”³⁵.

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 efectos³⁶.

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

³⁵ Domínguez, R., ob. cit., p. 293.

³⁶ 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”³⁷. 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.

³⁷ Abeliuk, R., ob. cit., t. II, p. 755.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ

Magíster en Investigación Jurídica

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Ley N° 19.496 (en adelante LPDC o Ley), que se ha pronunciado sobre la aplicación de la prescripción de la acción indemnizatoria ha sido profundamente vacilante.

Del examen de los fallos que el presente trabajo contiene, es posible sostener que los tribunales no están contestes sobre la normativa específica que rige la prescripción de las acciones civiles contenidas en la LPDC. Este panorama jurisprudencial se ha producido porque no hay una norma precisa en la Ley que determine cuál es el régimen de prescripción de las acciones indemnizatorias en sede de protección al consumidor.

Las diversas tendencias jurisprudenciales en sede de protección al consumidor se han dado, principalmente, en dos materias¹. Una, respecto de la dependencia de la responsabilidad civil a la responsabilidad infraccional; y la otra relacionada con las condiciones de la prescripción de la acción civil indemnizatoria en la LPDC.

En primer lugar, la jurisprudencia ha sido vacilante respecto de la autonomía de la responsabilidad civil y la responsabilidad infraccional.

¹ Las sentencias judiciales se han obtenido de los motores de búsqueda computacionales de Legal Publishing (bajo la abreviatura "N° LP", que da cuenta del número identificador del fallo) y Westlaw Chile (<<http://www.westlaw.cl>>). Las que no contengan una referencia a ellas han sido obtenidas en el registro de sentencias que pone a disposición del público SERNAC (<www.sernac.cl>).

Frente a esto, hemos podido constatar que una línea mayoritaria jurisprudencial hace depender la acción civil indemnizatoria a la acción por responsabilidad infraccional. Esto genera que la prescripción de la primera acarrea la prescripción de la segunda. .

En segundo lugar, es posible advertir discrepancias respecto de cuándo comienza el cálculo del plazo de la prescripción, las formas de interrupción y suspensión del plazo.

El objeto del presente trabajo consiste en describir las líneas jurisprudenciales que existen en materia de prescripción de la acción indemnizatoria en la LPDC y sus consecuencias.

Se trata de un estudio descriptivo, más que crítico. Pensamos que el trabajo puede ser útil para conocer las tendencias judiciales respecto de la prescripción en sede de consumo. Ello puede contribuir a una futura uniformidad de los criterios jurisprudenciales; o bien incluso una futura reforma legal a la materia.

II. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA EN LA LPDC

1. AUSENCIA DE UNA NORMA ESPECÍFICA SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD *CIVIL* DEL PROVEEDOR Y SUS POSIBLES FORMAS DE INTEGRACIÓN

De la simple lectura del articulado de la LPDC puede señalarse que ésta no consagra una regulación particular sobre la prescripción liberatoria de la acción civil indemnizatoria, tanto en supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual. Es decir, la ley no ha contemplado ninguna norma que permita al proveedor (el deudor de la relación de consumo) eximirse de responsabilidad civil alegando la prescripción.

Ante la ausencia de una norma precisa sobre prescripción de la acción civil indemnizatoria en la LPDC, se hace necesario determinar a qué régimen se somete. Al respecto, es posible esbozar dos posibles sistemas de integración.

Una primera forma de suplir el vacío es a través de las mismas normas de extinción de plazos en la LPDC: la prescripción de la acción infraccional y/o el plazo de garantía legal que se describirán a continuación. Esta opción podría permitir hacer depender la acción civil a la infraccional, o bien al plazo de extinción de la garantía legal. Como se leerá, esta forma de integración es la mayoritaria en la jurisprudencia.

La segunda opción sería recurrir a la normativa general sobre prescripción, el Código Civil, distinguiendo si se trata de una acción para perseguir la responsabilidad extracontractual (artículo 2332), o bien la responsabilidad contractual (artículo 2515). Esta forma de integración del plazo de

prescripción permite distinguir entre las acciones contravencionales y las acciones civiles. Como se leerá esta forma de integración del plazo de prescripción en la LPDC es especialmente minoritaria en la jurisprudencia.

2. CASOS DE EXTINCIÓN DE ACCIONES POR TRANSCURSO DE UN PLAZO REGULADOS EXPRESAMENTE POR LA LPDC

A pesar que la LPDC no contempla ninguna norma expresa sobre la prescripción de la acción civil indemnizatoria, la Ley sí consagra dos instituciones en que acciones concedidas por la LPDC se extinguen por el transcurso del tiempo.

En primer lugar, se consagra expresamente la prescripción en materia de la acción infraccional según lo dispone el artículo 26 de la LPDC.

Asimismo, se regula la extinción de los plazos establecidos por la Ley para el ejercicio del ejercicio de la garantía legal o derecho de opción de los artículos 20 y 21.

Pasaremos a revisar estas instituciones a continuación.

Como se verá, estos dos supuestos que contienen plazos muy distintos han sido utilizados por los tribunales intentando suplir el supuesto vacío legal.

a) *La prescripción de la acción infraccional*

La sanción infraccional consiste en una multa a beneficio fiscal, cuya sanción genérica se encuentra tratada en el artículo 24. Esta pena (administrativa) opera sin perjuicio de otras sanciones especiales².

Su prescripción está regulada en el artículo 26 de la Ley que dispone: “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.

”Las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado a firme la sentencia condenatoria”.

Como se ve, la Ley distingue entre la prescripción de la acción y la prescripción de la pena, al igual que lo hace el Código Penal.

² Guerrero frente al uso indistinto de las palabras “infracción” y “contravención” es de la opinión de utilizar para ellas la expresión “contravención administrativa”, que desliga del ámbito penal sancionatorio a las conductas sancionadas con multa en la ley. Guerrero Becar, José Luis, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, en Guzmán Brito, Alejandro (edit.) *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2008, pp. 433-453.

La prescripción de la acción infraccional o contravencional tiene un plazo breve de seis meses, que se empieza a contar legalmente desde *la infracción* a la LPDC.

Cabe hacer presente que la estructura de la Ley es por lo menos en parte sancionatoria (es uno de los objetos de la LPDC según el artículo 1 de la misma), y contiene casos de infracciones genéricas y específicas³, pero con un único plazo de prescripción contenido en el artículo 26 que determina que desde la infracción comienza el plazo de cómputo del plazo.

b) *Los plazos para el ejercicio de la garantía legal*

Tal como ya se mencionó, el artículo 21 de la LPDC establece plazos para el ejercicio de los remedios establecidos en el artículo 20, llamado comúnmente garantía legal: Tres meses cuando el objeto de la obligación del proveedor consista en bienes no perecibles (aplicable a los servicios) y 7 días en caso de bienes perecibles.

Este plazo opera sin perjuicio de la sanción infraccional que le puede caber al proveedor. Se refiere especialmente al plazo para que el consumidor haga valer la garantía legal frente al proveedor.

La naturaleza de este plazo es legalmente indeterminada. Esto es, la ley no establece expresamente si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción. Tampoco la doctrina⁴.

III. LA DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS REGLAS APLICABLES A LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EN LA LPDC

Como ha podido apreciarse no existe una norma precisa de prescripción liberatoria de la acción indemnizatoria en materias de consumo, a pesar que existen normas precisas sobre la responsabilidad infraccional y normas especiales para el ejercicio de la garantía legal.

³ Así, son sanciones específicas las contenidas en los artículos 15, 18, 23, 28, 39. Las demás contravenciones deberían, en principio, por la cláusula genérica del artículo 24 de la Ley, cuando existe inobservancia del proveedor en el respeto de los derechos de los consumidores establecidos en la ley. El problema es expuesto por Bofill Genzsch, Jorge, "Sanciones contravencionales y responsabilidad penal en el sistema de protección al consumidor", en Corral Talciani, Hernán (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Ediciones Universidad de los Andes, 1999, p. 308.

⁴ Corral, quien es el único que se pronuncia sobre la posible naturaleza del plazo, no esboza opinión al respecto. Señala que el plazo es de "prescripción o caducidad". Corral (n. 1), p. 101. El resto de la doctrina se limita a la descripción del plazo. Siguiendo las directrices trazadas por Lagos para identificar un plazo de caducidad, este podría caer dentro de esta categoría. En efecto, se trataría de un plazo breve cuya finalidad es la certeza. Vid. Lagos Villarreal, Osvaldo, "Para una recepción crítica de la caducidad", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, 2005, pp. 102-104.

A falta de normativa especial, se ha hecho necesario determinar cuál es la norma que determina los plazos de prescripción en sede de protección al consumidor.

La jurisprudencia de consumo ha intentado suplir este supuesto vacío legal sobre la prescripción de las acciones de consumo. Como se leerá en las próximas líneas, hay dos principales tendencias. La mayoritaria, que suple el vacío normativo específico a través de las reglas de la prescripción de la acción contravencional. La segunda y minoritaria, que aplica las normas del Código Civil.

1. TENDENCIA MAYORITARIA: SOMETIMIENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL A LA INFRACCIONAL

La gran parte de la jurisprudencia determina que cualquier ilícito civil implica una sanción infraccional, por lo menos basada en el artículo 24.

La jurisprudencia que llegado a esta conclusión hace depender la acción civil a la acción infraccional, entendiendo que cualquiera violación a la LPDC da lugar a una acción infraccional⁵. Entonces, en lo relativo a la prescripción liberatoria, si la acción contravencional se encuentra prescrita ex artículo 26 consecucionalmente se encontraría prescrita la acción civil.

Si se tiene en consideración que las faltas infraccionales prescriben según el régimen general del artículo 26 que contempla un plazo de seis meses contados desde la infracción respectiva. Entonces, a falta de norma, el mismo plazo rige a las indemnizaciones civiles. Dicho de otro modo, las acciones civiles prescribirían en el plazo de seis meses contados desde la infracción respectiva.

En ello se funda la generalidad de la doctrina judicial⁶. Sin embargo, la jurisprudencia no es consistente. Podemos distinguir dos subtendencias al respecto:

- 1^a) La responsabilidad civil autónoma no existe de manera que siempre se requiere una infracción administrativa. Según esta tendencia jurisprudencial la responsabilidad civil constituye una consecuencia directa y necesaria de la responsabilidad infraccional. Se estima que la acción civil indemnizatoria depende de la infraccional, ya que no estaría permitido a los jueces sancionar civilmente a un proveedor cuya responsabilidad infraccional se encuentra prescrita. De esta suerte,

⁵ Guerrero, en contra de esta interpretación, distingue entre infracciones sin incumplimiento contractual, incumplimientos contractuales sin infracción y situaciones mixtas. Guerrero (n. 4), pp. 443 y ss. También en contra de la confusión entre responsabilidad infraccional y civil: Cortez Matcovich, Gonzalo, *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 23-28.

⁶ En contra de esta tendencia: Guerrero (n. 4), pp. 448-451.

algunos fallos resuelven que estando prescrita la acción infraccional, ya no es necesario pronunciarse sobre la acción civil⁷.

- 2ª) La prescripción de la acción infraccional acarrea la prescripción de la acción civil, o bien, que el plazo de la prescripción civil es el mismo de la prescripción contravencional. Estos fallos declaran conjuntamente la prescripción de ambas acciones. Algunos fallos se pronuncian expresamente sobre el idéntico plazo de prescripción⁸. Otros, se limitan a declarar en la parte resolutive de la sentencia la prescripción de ambas acciones⁹.

Como puede observarse, la jurisprudencia estima que existe una dependencia de la acción civil indemnizatoria a la acción por responsabilidad contravencional. Sin embargo, el fundamento de cada una de estas tendencias es obscuro.

Si se siguiera la primera de las posturas, esto es, que si el tribunal que declara la prescripción de la acción contravencional no puede conocer de la cuestión civil de fondo, merece dudas si se permite al consumidor perseguir la responsabilidad en juicio ordinario (a pesar de la declaración de la prescripción de la acción infraccional)¹⁰; o bien, que el juicio sobre prescripción produce cosa juzgada en la cuestión civil.

En cambio, según la segunda postura, no es clara cuál es la normativa específica a la que se acude para declarar que la prescripción civil indemnizatoria se rige por el mismo plazo de prescripción de la responsabilidad infraccional.

⁷ *González con Empresa Eléctrica de Iquique*, 23 de noviembre de 2009, Rol N° 563-L; *Cayun con ABCDIN*, Juzgado de Policía Local de Coyhaique, 18 de noviembre de 2009, Rol N° 32.582-09; *Vega con Lider Presto Vecino*, Juzgado de Policía Local de Ovalle, 14 de septiembre de 2009, Rol N° 2.703/2009; *Rojas con Presto Limitada*, Segundo juzgado de Policía Local de Iquique, 30 de marzo de 2009, Rol N° 12270-E; *Guzmán con Universidad de las Américas*, Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 22 de diciembre de 2008, Rol N° 27.520-F; *SERNAC y otro con Comisiones y Cobranzas S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 11 de diciembre de 2006, sin Rol, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 2007, Rol N° 1.765-2.007; *Alfaro con Comercial ECCSA S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puente Alto, 8 de enero de 2010, Rol N° 70.612-2.

⁸ *Henríquez con Car. S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 18 de marzo de 2008, Rol 67.636-8-2007; voto de mayoría en *Farías con West Store S.A. y Ripley Plaza Vespucio*, Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 2002, Rol N° 5437-2000, N° LP: 31287; *Oyarzo y otros con Instituto Profesional AIEP S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 8 de febrero de 2008, Rol N° 9070-07; *Cruzat con Sociedad Austral de Electricidad S.A.*, Juzgado de Policía Local de Puerto Varas, 23 de diciembre de 2009, Rol N° 4827-09.

⁹ *Gómez con Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura*, Segundo Juzgado de Policía Local, 20 de enero de 2009, Rol N° 12.096; *Olivares con Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura*, Segundo Juzgado de Policía Local, 9 de abril de 2009, Rol N° 12.066; *García con Home Center Sodimac*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 23 de enero de 2007, Rol N° 4956-2006.

¹⁰ Esta es la opinión de Corral (n. 3), pp. 103-104.

2. LA TENDENCIA MINORITARIA: LA DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES CIVILES E INFRACCIONALES

En oposición a la tendencia descrita un grupo reducido de sentencias judiciales distingue entre la responsabilidad civil e infraccional. En consecuencia, distingue entre el ejercicio de las acciones contravencionales y civiles. Estos fallos determinan que ambas prescripciones corren según sus propios plazos de prescripción. Para los efectos de la prescripción de la responsabilidad infraccional se aplica el artículo 26 de la LPDC; y, para determinar el plazo de prescripción responsabilidad civil se utiliza el mecanismo de integración de la LPDC con las normas generales de prescripción del Derecho Común recogido en el Código Civil. Y así entonces, se marca una tajante diferencia entre la acción por responsabilidad infraccional a la responsabilidad en sede civil.

Los fallos paradigmáticos provienen, primordialmente, de la Corte de Apelaciones de Concepción. Se trata de *Arias con Sodimac S.A.*¹¹, *Stuardo con Ditec S.A.*¹², y *Vásquez con Patrol S.A.*¹³. Dentro de esta línea es posible citar el voto de disidencia del ministro Jaime Rodríguez Espoz en *Farías con West Store S.A. y Ripley Plaza Vespucio*¹⁴.

En *Arias* se señaló, para fundamentar el fallo, que el artículo 26 se refiere únicamente a la prescripción de la acción infraccional mas no a la prescripción de la responsabilidad civil, según su tenor literal (considerandos 4° y 5°). La *ratio decidendi* del fallo es que la circunstancia que ambas acciones sean conocidas en un mismo procedimiento, no obsta a que se rijan por estatutos de responsabilidad distintos; y por ende, puedan tener plazos de prescripción distintos.

En *Stuardo* se llega a la misma conclusión. Además en carácter de *obiter dicta* se dejó constancia que la acción infraccional no dice relación con el derecho de opción que concede el artículo 20 de la LPDC (considerando 22°). En *Vásquez con Patrol S.A.*, la Corte hace suyos los argumentos ya expuestos en *Stuardo*¹⁵.

¹¹ *Arias con Sodimac S.A.*, Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de diciembre de 2005, Rol N° 174-2005, N° LP: 37964.

¹² *Stuardo con Ditec S.A.*, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de marzo de 2006, Rol N° 325-2006, N° LP: 38465. La Corte Suprema rechazó el recurso de queja interpuesto por los demandados, 12 de mayo de 2008, Rol N° 1548-2008.

¹³ *Vásquez con Patrol S.A.*, Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de noviembre de 2008, Rol N° 66.186.

¹⁴ *Farías con West Store S.A. y Ripley Plaza Vespucio*, Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 2002, Rol N° 5437-2000, N° LP: 31287.

¹⁵ Sin embargo para otras materias la misma Corte no ha separado la responsabilidad civil de la infraccional: *González con Supermercado Santa Isabel*, Corte de Apelaciones de 17 de mayo de 2007, Westlaw Chile: J5001/2007, N° LP: 36382; y especialmente en *Muñoz con Comercial Las Brujas Limitada*, Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de septiembre de 2008, N° LP: 39723.

En el último caso, el voto del ministro Rodríguez en *Farías con West Store S.A. y Ripley Plaza Vespucio* se trae a colación un argumento adicional: “d). Que esa misma prescripción no resulta aplicable a la acción civil promovida en el primer otrosí de fs. 40 a 43 porque el precepto recién mencionado sólo se refiere a las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley y a las sanciones impuestas en definitiva, pero no alude para nada a las acciones reparatorias civiles, de que se trata en el presente caso y cuya prescripción se gobierna por el derecho común, y *que no podía ser de otra manera desde el momento que el inciso final del artículo 9° de la Ley N° 18.287 contempla una suspensión de la prescripción de esta clase de acciones durante el tiempo de sustanciación del proceso infraccional, justamente cuando aparece extemporánea la demanda civil entablada en esta sede*, por lo que no es posible que prospere esta excepción”¹⁶. Es decir, se invocan leyes de procedimiento para hacer valer las diferencias del régimen de prescripción de los estatutos de la responsabilidad administrativa y civil.

En los casos descritos los tribunales no razonan sobre las reglas de interpretación precisas que deben aplicarse al efecto. Parece ser que para la responsabilidad extracontractual se aplicarían las reglas de prescripción del artículo 2332, y para la responsabilidad contractual las reglas del artículo 2515 del Código Civil¹⁷.

En todo caso, carecen los fallos partícipes de esta tendencia minoritaria de un argumento de texto que permite afirmar la separación entre la responsabilidad civil y la infraccional (exceptuando el voto de minoría de *Farías* atendida la fecha del fallo por las razones que se explicarán)¹⁸.

Antes de la Ley N° 19.955 que modificó la competencia de los tribunales en el siguiente sentido, el antiguo art. 50 inc. 1° de la LPDC prescribía que “será competente para conocer de las acciones a que da lugar la aplicación de la presente ley el juez de policía local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución”. Por tanto, antes de la reforma, podría haber sido razonable la sujeción de la prescripción civil a la infraccional, por una interpretación amplia de la norma de competencia. En efecto, la norma podía dar a entender que la competencia del juez de policía local se refería a las *infracciones* a la LPDC, particularmente según la parte final del inciso transcrito.

¹⁶ [La cursiva es nuestra].

¹⁷ Así lo estima Guerrero (n. 4), p. 450.

¹⁸ Tanto *Arias*, como *Stuardo* y *Vásquez* fueron dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.955 (publicada en el Diario Oficial el 14 de julio de 2004). Esta modificación entró a regir *in actum* como se desprende *contrario sensu* del artículo 4° de la ley que establece un período de vacancia legal sólo de algunas de las modificaciones de la ley, pero no del nuevo artículo 50 A.

Sin embargo, la Ley N° 19.955 modificó la competencia de los tribunales de policía local en el siguiente sentido (art. 50 A inc. 1° de la LPDC): “Los jueces de policía local conocerán de *todas* las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor”¹⁹. El presente artículo 50 A establece que *todas* las acciones que emanan de la Ley serán conocidas por tribunales de policía local²⁰. Si existen en la ley acciones contravencionales (o infraccionales) y civiles, entonces, el juez de policía local es competente para el conocimiento de todas las acciones, y no sólo de las acciones contravencionales o de las civiles con base en una acción contravencional.

Por tanto, a partir de la reforma a la competencia de los juzgados de policía local, puede distinguirse claramente la existencia de acciones contravencionales y civiles. De lo contrario la norma debería haber previsto la competencia de los juzgados de policía local únicamente para las infracciones a la LPDC. De modo que el argumento de la incompetencia del tribunal de Policía Local para no conocer de la acción civil porque la acción contravencional se encuentra prescrita (en el caso que se estime que tienen distintos plazos de prescripción) estimamos que hoy en día no es aplicable. Después de la reforma no hay dudas respecto de la competencia del juez de policía local.

En conclusión, aquella tesis que sostiene la incompetencia del tribunal para conocer de las acciones civiles producto de la prescripción de la acción infraccional hoy día, después de la reforma, ya no puede sostenerse.

Sólo quedaría, entonces, desvirtuar el argumento de la dependencia de la acción civil a la contravencional para sostener la diferencia de los plazos de prescripción. Sin embargo, como ya se ha señalado, varios fallos son contumaces en sostener la misma argumentación²¹.

¹⁹ [La cursiva es nuestra]. La historia de la ley no muestra discusión sobre la importancia de la reforma, salvo que la ley requería quórum especial. BCN, “Historia de la Ley N° 19.955. Modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores”, <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19955/HL19955.pdf>>, visitado por última vez: 3 de diciembre de 2010.

²⁰ Las acciones fueron enunciadas por el legislador en el nuevo artículo 50 inciso 2° (después de la reforma de la Ley N° 19.585) en que claramente se distingue la acción indemnizatoria de la infraccional: “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a *obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda*”. [La cursiva es nuestra].

²¹ Véanse los fallos que se enuncian en *supra*, nota 9. Por tanto, no concordamos con la tesis del profesor Corral (n. 1) pp. 103-104, desde el punto de vista de la competencia del tribunal. En nuestra opinión la competencia de las acciones de interés individual de consumo, a partir de la reforma, deben radicarse en forma exclusiva en los tribunales de policía local. Más aún, por la misma norma, creemos que el consumidor no puede optar por la jurisdicción civil.

Como ya se mencionó, la postura que distingue entre la acción civil y la contravencional es minoritaria en la jurisprudencia. Esto ha provocado que la jurisprudencia de protección al consumidor haya configurado de manera distinta al Código Civil algunas cuestiones relativas a la prescripción que pasaremos a revisar a continuación.

IV. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA BASADAS EN LA RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL DEL PROVEEDOR

Teniendo en consideración la doctrina ampliamente mayoritaria, habría que sostener que la prescripción se regula en la práctica por el artículo 26 de la LPDC. Esto es, el plazo de prescripción de la acción civil indemnizatoria sería de seis meses contados desde la infracción a la LPDC.

Nos referiremos, en lo sucesivo, a las cuestiones que se han producido acerca de la prescripción de esta acción. Como la jurisprudencia ha confundido las acciones infraccionales y civiles, haremos también referencia a casos en que únicamente se invoca la responsabilidad infraccional, ya que su jurisprudencia podría servir para ilustrar situaciones de interposición conjunta con una acción civil con la contravencional.

1. LA FECHA DE INICIO PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO

Según el artículo 26 de la LPDC, el plazo de seis meses para la prescripción de la acción infraccional se cuenta desde la infracción a la LPDC.

Como la jurisprudencia ha determinado que cualquier incumplimiento de contrato constituye infracción a las normas de la Ley, en principio, desde la fecha del incumplimiento del contrato debería empezar a correr el plazo de prescripción.

Esta supuesta regla no alteraría la regla del inicio del cómputo de la prescripción liberatoria del Código Civil, por lo menos en lo tocante al comienzo del plazo de prescripción. En efecto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2514 inc. 2° del Código Civil, la prescripción empieza a correr desde que la obligación se ha hecho exigible. Si se estima que el simple retardo en el cumplimiento de la obligación da inicio al plazo de prescripción; entonces la contravención a la Ley se produciría al mismo tiempo.

Por otra parte, si la responsabilidad fuere de naturaleza aquiliana, la solución sería la misma, ya que la perpetración del acto sería equivalente al hecho de la infracción.

Sin embargo, veremos que la interpretación jurisprudencial ha sido distinta y variada en supuestos similares sin reconocer una línea constante, lo que atenta contra los derechos de los consumidores.

a) *Inicio del plazo de prescripción comienza desde la infracción a la LPDC*

Existe una tendencia judicial que determina que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se contaría desde la infracción. Esta línea es minoritaria, sólo pocos tribunales han entendido que el cómputo de la prescripción comienza desde esta fecha.

En esta línea, se ha sostenido que el plazo de prescripción comienza desde la fecha de emisión de una boleta con cargos excesivos, lo que constituiría la infracción a la LPDC²². También se ha señalado que el plazo de prescripción empezaría a correr desde la fecha en que se utilizó la tarjeta robada del consumidor²³.

Podemos encuadrar dentro de esta tendencia a *SERNAC con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.*²⁴. En los hechos se había denunciado al proveedor y se llega a una transacción extrajudicial en que la denunciada se obliga a dar una respuesta al consumidor dentro de un plazo determinado, respuesta que nunca se efectuó. Estimó el tribunal que la infracción debe contarse desde el vencimiento del plazo en que el proveedor debió haber evacuado la respuesta.

b) *Inicio del plazo de prescripción comienza desde el conocimiento del deudor de la infracción a la LPDC*

En otra línea, un conjunto importante de casos ha determinado que el plazo de prescripción de la acción comienza a correr desde que el consumidor toma conocimiento de la infracción a la LPDC, no desde la fecha de la infracción misma.

En esta tendencia podemos citar un conjunto de casos en que se alegó publicidad engañosa del proveedor. En los hechos, distintos centros de educación superior ofrecieron la carrera de perito criminalista asegurando mercado laboral para ella. Sin embargo, los estudiantes, a través de un programa de televisión, se dieron cuenta que no existía campo laboral habiendo cursado más de un año de carrera. Los tribunales razonaron sobre la base que la infracción se perpetuaría en el tiempo ante el

²² *Sepúlveda con Entel S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 16 de agosto de 2005, Rol N° 3.146-1-2005.

²³ *Vega con Lider Presto Vecino*, Juzgado de Policía Local de Ovalle, 14 de septiembre de 2009, Rol N° 2.703/2009.

²⁴ *SERNAC con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Temuco, 28 de diciembre de 2009 (interlocutoria), Rol N° 97.916-M.

desconocimiento de los consumidores de la publicidad engañosa. Por tanto, el plazo de prescripción empezaría a correr desde que los consumidores tuvieron noticia que la publicidad era efectivamente engañosa²⁵.

Así, en *SERNAC con Universidad de Ciencias de la Informática*, la Corte de Apelaciones de San Miguel determinó que “la infracción se comete desde el momento en que la supuesta publicidad logra su cometido de obtener que el consumidor suscriba el contrato pertinente”, de tal manera que “los hechos que motivaron las denuncias no tienen una fecha cierta de ocurrencia sino que se habrían prolongado en el tiempo por lo que este tribunal estimará que los denunciantes tomaron conocimiento de la publicidad engañosa cuando se difundió por los medios de comunicación social su existencia”²⁶.

En sentido similar se pronuncia *Silva con Corporación Educacional Universidad del Mar*²⁷, cuyos hechos son básicamente los mismos. En este caso, se determinó que el plazo de prescripción comenzaba a correr desde “la época en que la persona afectada tomó conocimiento del error o engaño del que fue objeto, en la especie, desde marzo de 2008, en que se da inicio al año académico respectivo y se toma conocimiento de la decisión de Rectoría de cerrar el ingreso de alumnos nuevos a la carrera cuestionada”.

El criterio del conocimiento de la infracción por el consumidor para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción también ha sido aplicado a otros hechos. Por ejemplo, desde el conocimiento que la carrera profesional no se encontraba acreditada²⁸, desde la toma de conocimiento que el consumidor se encontraba en DICOM²⁹, o desde el plazo que el consumidor debió haber tomado conocimiento de los cargos mal efectuados a su cuenta de crédito³⁰.

En un caso que el consumidor reclamó como infracción a la LPDC el cobro de una deuda inexistente, se estimó que la infracción se produce

²⁵ *Poblete con UCINF*, Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, 13 de junio de 2008, Rol 953-H, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de enero de 2009, Rol N° 11264-2008; *Guzmán con Universidad de las Américas*, Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 22 de diciembre de 2008, Rol N° 27.520-F. También cabe citar el voto de minoría del ministro Luis Mansilla Miranda en *SERNAC y otro con no se consigna*, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de julio de 2008, Rol N° 372-2008, N° LP: 42252.

²⁶ *SERNAC con Universidad de Ciencias de la Informática*, Corte de Apelaciones de San Miguel, 31 de enero de 2009, Rol N° 1141-2008 CIV.

²⁷ *Silva con Corporación Educacional Universidad del Mar*, Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, 27 de abril de 2009, Rol N° 3.809-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2009, Rol N° 8424-2009.

²⁸ *SERNAC con Universidad del Pacífico*, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 29 de octubre de 2009, Rol N° 3.921-8, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de marzo de 2010, Rol 179-2010.

²⁹ *SERNAC con Chilectra S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de mayo de 2009, Rol. 19.497.

³⁰ *SERNAC y otro con Santander Banefe*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 12 de enero de 2007, Rol N° 9.936-DIO/06.

por el último requerimiento extrajudicial de cobro, por medio de una carta y desde esa fecha comienza a correr la prescripción³¹.

Por último, también se ha estimado que por el incumplimiento del plazo establecido en el art. 58 inc. final de la LPDC comienza a correr el plazo de prescripción, lo que constituiría la infracción a la LPDC³².

c) *Inicio del plazo de prescripción desde la fecha del contrato*

Sin embargo, en otros casos de publicidad engañosa el criterio no ha sido el mismo. Así, otros fallos han determinado que el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha del contrato³³.

Probablemente la fundamentación más precisa se encuentra en *Ruz y otros con Instituto Profesional AIEP S.A.*³⁴. En este caso el tribunal señala que la publicidad engañosa se extiende desde ella hasta la celebración del contrato “pues desde ese tiempo específico en adelante ya ha cumplido su finalidad”. Que el contrato sea de tracto sucesivo no afecta esta conclusión para el tribunal, puesto que “la adquisición del servicio ya se ha producido”. Sólo podría perpetuarse en el tiempo la infracción en la medida que el proveedor hubiera emitido nueva publicidad engañosa “y por antecedentes distintos”, por lo que la publicidad “puede inducir a error o engaño por una sola vez a una persona, independiente de cuánto demore la persona en descubrir el engaño o error en el que ha incurrido” (considerando 2°).

Como se ve, para estos casos la infracción se consolidaría con la celebración del contrato, y no por el hecho de la emisión de la misma. Al parecer según esta tendencia, la publicidad engañosa constituiría una infracción desde su emisión. Sin embargo, la finalidad engañosa se cristalizaría sólo con la suscripción del contrato.

Nos parece que esta tesis se encuentra en una etapa intermedia entre aquella que sostiene que el plazo de prescripción comienza desde la infracción y aquella que plantea que la contravención se produce cuando el consumidor toma noticia de aquella.

³¹ *García con Home Center Sodimac*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 23 de enero de 2007, Rol N° 4956-2006.

³² *SERNAC con Banco Corpbanca*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 14 de julio de 2009, Rol N° 21.562-DIO/08, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2009, Rol N° 10.636-2.009.

³³ *Olivares con Corporación Santo Tomás para el desarrollo de la educación y la cultura*, Segundo Juzgado de Policía Local, 9 de abril de 2009, Rol N° 12.066; *Gómez con Corporación Santo Tomás para el desarrollo de la educación y la cultura*, Segundo Juzgado de Policía Local de Iquique, 20 de enero de 2009, Rol N° 12.096; *Oyarzo y otros con Instituto Profesional AIEP S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 8 de febrero de 2008, Rol N° 9070-07; *Bustamante con Corporación Santo Tomás para el desarrollo de la educación y la cultura*, Primer Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 3 de noviembre de 2008, Rol N° 156.653-1/07.

³⁴ *Ruz y otros con Instituto Profesional AIEP S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 10 de octubre de 2008, Rol N° 9080-2007.

d) Caso de intereses que exceden el máximo convencional

Tratándose de la situación que se presenta por el cobro de intereses superiores al máximo convencional, la jurisprudencia no ha sido uniforme.

En *SERNAC y otro con Comisiones y Cobranzas S.A.*³⁵, se estimó que en la fecha del contrato se generaba la infracción y por tanto desde esa fecha comenzaba a correr el plazo de prescripción. Esta tesis es conforme a la que se ha expuesto en el punto inmediatamente anterior, esto es, la fecha del contrato.

Sin embargo, en otro caso, contra la misma denunciada, se determinó que tratándose de una obligación pagadera en cuotas que generaba interés por sobre el máximo que es lícito estipular, el plazo de prescripción no empezaba a correr mientras se sigan devengando las cuotas³⁶. Probablemente esta última tesis se encuadra con mayor facilidad con aquella que establece que la infracción se perpetúa en el tiempo (aunque no diga estricta relación con el conocimiento del consumidor de la infracción como fecha de inicio del plazo de prescripción).

Si bien los dos casos expuestos pueden reconducirse a dos de las tendencias expuestas anteriormente, se ha querido demostrar que frente a una misma infracción a la LPDC la respuesta de los tribunales también ha sido distinta.

2. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

a) Interrupción por la sola interposición de la querella infraccional

De los fallos estudiados, la mayoría de la jurisprudencia estima que la sola interposición de la denuncia infraccional interrumpe la prescripción, sin necesidad que sea notificada al proveedor³⁷.

³⁵ *SERNAC y otro con Comisiones y Cobranzas S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 11 de diciembre de 2006, sin Rol, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 2007, Rol N° 1.765-2.007.

³⁶ *SERNAC con Comisiones y Cobranzas S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2007, Rol N° 1.770-2007. La sentencia de segunda instancia revocó la sentencia de primera instancia que señaló que la prescripción empezaba a correr desde “la comisión de los hechos infraccionales o de la celebración del contrato”: Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 18 de diciembre de 2006, Rol N° 1.882-AMS/06.

³⁷ *Araya con Sodimac*, Juzgado de Policía Local de Renca, 29 de mayo de 2009, Rol N° 18.921-6-2007, confirmada con declaración por la Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de diciembre de 2009, Rol 9233-2009; *SERNAC con Banco de Chile*, Tercer juzgado de Policía Local de Santiago, 17 de noviembre de 2009, Rol N° 21.008-DIO/08, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 2010, Rol N° 523-2010; *SERNAC con Delta Airlines*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 12 de noviembre de 2009 (interlocutoria), Rol N° 23.412-DIO/07; *Céspedes con Homecenter Real y otros*, Corte de Apelaciones de La Serena, 26 de julio de 2008, Rol N° 36-2008, N° LP: 39519; *SERNAC con Inversiones y Tarjetas S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, 28 de junio de 2005, Rol 5068-2.004, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de abril de 2006, Rol N° 7247-2005;

El criterio, como puede observarse, se aparta de la normativa del Código Civil que exige, precisamente, la notificación *legal* de la demanda para producir el evento de la interrupción de la prescripción de conformidad a los artículos 2518 y 2503.

Es un argumento generalizado en los tribunales la no aplicación de las reglas del Código Civil, porque existiría una norma especial en materia de interrupción de la prescripción. Así, se trae a colación el artículo 54 de la Ley N° 15.231 sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local que en su inciso tercero establece la interrupción de la acción contravencional por el “hecho de deducirse la demanda, denuncia o querella ante el tribunal correspondiente”. El precepto no alude a la notificación de la misma para producir la interrupción civil de la prescripción y por tanto, por el solo hecho de deducir la denuncia o interponer la querella, se ha entendido que el plazo de prescripción se interrumpe.

b) Incompetencia del tribunal no obsta a la interrupción de la prescripción

Encontramos un par de casos en que los tribunales, sin mayor fundamentación, determinaron que el solo hecho de interponer la querella, aún ante tribunal incompetente, tiene la virtud de interrumpir la prescripción³⁸. Esta interpretación aparentemente sigue la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en materias civiles³⁹.

Probablemente, la falta de necesidad de notificar la denuncia infraccional serviría de base para estimar que la sola interposición de ella produce el efecto interruptor. Sin embargo, cabe hacer presente que el artículo 54 inc. 3° de la Ley N° 15.231 le da la virtud a la denuncia de interrumpir el plazo de prescripción con la sola interposición de la misma, pero, *ante el tribunal correspondiente*.

Salazar con Comerciales ACC S.A., Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de agosto de 2009, Rol 956-2008; *SERNAC con Chilnet S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 23 de agosto de 2006, Rol 4585-F; *SERNAC con Farmacias Abumada S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 17 de septiembre de 2008, Rol N° 16.200-dio/07M; *Salazar con Almacenes Paris S.A.*, Primer juzgado de Policía Local de Santiago, 31 de julio de 2007, Rol N° 19328-2.006; *SERNAC con Cofisa. S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, 23 de diciembre de 2009, Rol N° 25092-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2010, Rol N° 727-2.010; *SERNAC con Inversiones S.C.G.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, 22 de noviembre de 2004, Rol N° -148-04-ME, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de enero de 2006, Rol N° 3928-2005; *Galindo con Supermercado Santa Isabel*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 16 de enero de 2002, Rol N° 7371-2001; *Navarro con Sociedad Austral de Electricidad*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 18 de agosto de 2000, Rol N° 6514-99.

³⁸ *Rojas con Presto Limitada*, Segundo Juzgado de Policía Local de Iquique, 30 de marzo de 2009, Rol N° 12270-E; *Henríquez con Car. S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 18 de marzo de 2008, Rol 67.636-8-2007.

³⁹ Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 254-258.

c) *Confusión entre interrupción de la prescripción y comienzo del plazo de prescripción*

En un caso se estimó que el cobro del proveedor al consumidor constituye interrupción de la prescripción⁴⁰. En los hechos, la infracción reclamada fue el cobro de servicios no contratados por el consumidor. En lo tocante a la excepción de prescripción alegada por el proveedor, el fallo señala: “En cuanto a la prescripción alegada por la parte demandada, se estima no procedente, *toda vez que esta se encontraría interrumpida mediante los cobros sucesivos* que la empresa Claro Chile S.A., ha efectuado en contra de la persona del demandante por el incumplimiento en el pago de servicios telefónicos que individualiza como deudor a la Sra. Jackeline Novoa Molina” [la denunciante].

No compartimos la decisión del tribunal. El hecho del cobro puede constituir una forma de interrupción, ya civil, ya natural. No se trata en este caso de un acto de reconocimiento de deuda del deudor (interrupción natural), ni de demanda del acreedor de la obligación (el proveedor) que pudiese producir el efecto interruptivo (interrupción civil).

Se trata más bien que el cobro de los servicios no contratados por el consumidor constituyera en sí misma la infracción, y desde ese plazo comenzaría a correr la prescripción de la acción infraccional de conformidad a lo prescrito en el artículo 26 de la LPDC.

3. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

a) *Régimen de la suspensión de la prescripción en la LPDC*

La LPDC no contiene normas que regulen la suspensión de la prescripción de la acción infraccional, salvo en lo tocante al plazo para el ejercicio de la garantía legal. Pero, como sosteníamos con anterioridad, no tiene relación estricta con la responsabilidad infraccional. Volveremos sobre ello en líneas posteriores.

En todo caso, no conocemos fallos en que se hubiere tratado de hacer aplicables las normas del Código Civil sobre suspensión de la prescripción.

Tratándose de menores que hayan sufrido daños con ocasión de un contrato de consumo no se han planteado problemas de suspensión de la prescripción, puesto que han reclamado sus padres por ellos, planteándose el problema del denominado “consumidor material”, pero reclamándose dentro de los plazos de prescripción⁴¹.

⁴⁰ *SERNAC con Claro Chile. S.A.*, Juzgado de Policía Local de Huechuraba, 10 de febrero de 2009, Rol N° 34.871-3.

⁴¹ Como sucedió en *SERNAC y otros con B. Braun Medical S.A.*, Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 18 de enero de 2010, N° 3422-2008, confirmada por la Corte de Apelaciones

Ahora, si la acción civil tiene el mismo plazo de la prescripción de la acción infraccional sería una prescripción especial de corto tiempo regida por el artículo 2524 del Código Civil, que por expresa disposición no admite suspensión.

b) *¿Un caso especial de suspensión de la prescripción?*

A pesar de lo dicho, encontramos un caso en que se ha planteado un efecto similar a la de la suspensión de la prescripción. En *González con Empresa Eléctrica de Iquique*⁴², se discutió si los reclamos efectuados ante el proveedor y los órganos administrativos correspondientes tuvieron el efecto de “suspender” el plazo de prescripción, de tal manera que agotados estos medios pudiese empezar a correr el plazo respectivo de extinción de la acción. La sentencia declaró que la infracción se produjo desde la comisión del acto que se reclama como infracción a la LPDC, y por tanto la acción se encontraba prescrita. Es decir, la sentencia implícitamente reconoce que a pesar de estos reclamos, el consumidor se encontraba en condiciones de reclamar la infracción a la LPDC⁴³, y por tanto la acción no se encontraba suspendida.

Aunque en este apartado y el anterior puede afirmarse que no existe una tendencia jurisprudencial (porque hay un solo caso), nos ha parecido importante destacar lo alegado por los demandados y lo resuelto por el tribunal.

4. PRESCRIPCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA LEGAL

Como ya tuvimos ocasión de señalar, el artículo 20 establece plazos para el ejercicio de la garantía legal establecida en el artículo 20. En efecto, es necesario recordar que el artículo 21 dispone que este plazo es de tres meses cuando el objeto de la obligación del proveedor consista en bienes no perecibles y siete días en caso de bienes perecibles.

La pregunta que cabe hacerse es qué naturaleza tiene este plazo: si es de caducidad, o bien, de prescripción de las acciones. Si se trata de un caso de caducidad legal, también cabe preguntarse qué efectos produce en la acción civil indemnizatoria.

Podemos citar dos casos en que se ha discutido la cuestión: *Alvarado con Líder* y *Alfaro con Ripley*.

de San Miguel, 17 de mayo de 2010, Rol N° 187-2010.

⁴² *González con Empresa Eléctrica de Iquique*, Segundo Juzgado de Policía Local de Iquique, 23 de noviembre de 2009, Rol N° 563-L.

⁴³ Tal como opina Domínguez, el fundamento de la suspensión de la prescripción es la imposibilidad del actor para reclamar e interrumpir la prescripción. Domínguez (n. 38), pp. 319-320. De esta suerte el fallo es conforme al fundamento.

En *Alvarado* se reclamó por mariscos en descomposición que supuestamente causaron en el consumidor intoxicación⁴⁴. Se declaró *prescrita* la acción infraccional y civil indemnizatoria por el hecho de interpuesta la denuncia en un plazo superior al de siete días del artículo 21.

En cambio, en *Alfaro* se llega a una solución distinta⁴⁵. En los hechos, el consumidor reclamó por la adquisición de un notebook que presentó fallas y que ingresó numerosas veces al servicio técnico respectivo, sin tener una reparación definitiva que permitiera su uso. Aunque se declaró la prescripción de la acción civil, la sentencia determinó que el plazo de prescripción empieza a correr desde el vencimiento de la garantía legal. Sin embargo, el tribunal no acudió expresamente a la norma contenida en el inc. 8° del artículo 21 que establece la suspensión del plazo del ejercicio de la garantía legal mientras el bien esté siendo reparado en el ejercicio de la garantía.

Como se ve, aunque no puede señalarse que existen tendencias jurisprudenciales hay dos posiciones marcadamente encontradas.

En un caso, el vencimiento de la garantía legal produce la extinción por vía de prescripción de las acciones contenidas en el artículo 20. Siguiendo esta cadena argumentativa, debiera entenderse que la norma del artículo 21 es especial frente a la prescripción general del artículo 26.

Por el contrario, según la tesis contenida en *Alvarado* el plazo contenido en el artículo 21 es la caducidad de la garantía legal, pero que no extingue ni la acción infraccional ni la acción civil. En efecto, según esta tesis, el plazo de prescripción de estas acciones empieza a correr desde la caducidad de la garantía legal por el vencimiento del plazo, sólo para la acción indemnizatoria.

Nuevamente no podemos hablar de tendencias jurisprudenciales. Sin embargo, estos casos marcan claramente dos interpretaciones jurisprudenciales que pueden presentarse con más frecuencia. Especialmente en el caso de la venta de bienes perecibles en que el plazo de caducidad de la garantía es en extremo breve.

V. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de protección al consumidor es vacilante en lo tocante a la aplicación de las normas de prescripción de la acción civil indemnizatoria.

⁴⁴ *Alvarado con Líder*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 4 de septiembre de 2003, Rol N° 5343-2002.

⁴⁵ *Alfaro con Comercial Eccsa S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puente Alto, 8 de enero de 2010, Rol N° 70.212-2.

La tesis mayoritaria en la jurisprudencia consiste en que las normas de prescripción que reglan las acciones civiles indemnizatorias se subordinan a la acción infraccional. En este supuesto, la jurisprudencia ha determinado que la acción indemnizatoria, en principio, comenzaría a correr desde la infracción. Sin embargo, hay un conjunto importante de casos en que se ha determinado que el plazo de prescripción empieza a correr desde que el consumidor haya tomado noticia de la infracción. Según el mismo criterio, la interrupción de la prescripción requiere únicamente de la interposición de la denuncia infraccional, sin necesidad de notificación al deudor.

Un caso aislado ha determinado que los procedimientos de reclamos del proveedor ante una autoridad administrativa no suspenden la prescripción.

Hay escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la relación entre los plazos de la garantía legal y la prescripción, pero ésta es vacilante. Un fallo se pronuncia determinando que el vencimiento de la garantía produce la prescripción de todas las acciones. En cambio, otro fallo determina que el comienzo del plazo de prescripción comienza a correr desde el vencimiento de la garantía.

Estas líneas jurisprudenciales mayoritarias se verían afectadas si se sigue la tesis de la distinción entre responsabilidad civil e infraccional, recogida en escasos fallos. Esta tendencia hace aplicables las normas del Código Civil sobre prescripción. Compartimos esta visión de la prescripción. Las diferencias no se reducen sólo en una cuestión de plazos, sino que además se plantearían diferencias en lo tocante al comienzo del plazo de prescripción, su interrupción, suspensión y relación con el plazo de la garantía legal.

JURISPRUDENCIA CITADA

ALFARO CON COMERCIAL ECCSA S.A., Segundo Juzgado de Policía Local de Puente Alto, 8 de enero de 2010, Rol N° 70.612-2.

ALVARADO CON LÍDER, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 4 de septiembre de 2003, Rol N° 5343-2002.

ARAYA CON SODIMAC, Juzgado de Policía Local de Renca, 29 de mayo de 2009, Rol N° 18.921-6-2007, confirmada con declaración por la Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de diciembre de 2009, Rol 9233-2009.

ARIAS CON SODIMAC S.A., Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de diciembre de 2005, Rol N° 174-2005, N° LP: 37964.

BUSTAMANTE CON CORPORACIÓN SANTO TOMÁS PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA, Primer Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 3 de noviembre de 2008, Rol N° 156.653-1/07.

CAYUN CON ABCDIN, Juzgado de Policía Local de Coyhaique, 18 de noviembre de 2009, Rol N° 32.582-09.

CÉSPEDES CON HOMECENTER REAL Y OTROS, Corte de Apelaciones de La Serena, 26 de julio de 2008, Rol N° 36-2008, N° LP: 39519

- CRUZAT CON SOCIEDAD AUSTRAL DE ELECTRICIDAD S.A.*, Juzgado de Policía Local de Puerto Varas, 23 de diciembre de 2009, Rol N° 4827-09.
- FARÍAS CON WEST STORE S.A. Y RIPLEY PLAZA VESPUCIO*, Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 2002, Rol N° 5437-2000, N° LP: 31287.
- GALINDO CON SUPERMERCADO SANTA ISABEL*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 16 de enero de 2002, Rol N° 7371-2001.
- GARCÍA CON HOME CENTER SODIMAC*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 23 de enero de 2007, Rol N° 4956-2006.
- GÓMEZ CON CORPORACIÓN SANTO TOMÁS PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA*, Segundo Juzgado de Policía Local, 20 de enero de 2009, Rol N° 12.096
- GONZÁLEZ CON EMPRESA ELÉCTRICA DE IQUIQUE*, 23 de noviembre de 2009, Rol N° 563-L.
- GONZÁLEZ CON SUPERMERCADO SANTA ISABEL*, Corte de Apelaciones de 17 de mayo de 2007, Westlaw Chile: J5001/2007, N° Legal Publishing: 36382.
- HENRÍQUEZ CON CAR. S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 18 de marzo de 2008, Rol 67.636-8-2007.
- GALINDO CON SUPERMERCADO SANTA ISABEL*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 16 de enero de 2002, Rol N° 7371-2001.
- GUZMÁN CON UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS*, Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 22 de diciembre de 2008, Rol N° 27.520-F.
- MUÑOZ CON COMERCIAL LAS BRUJAS LIMITADA*, Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de septiembre de 2008, N° Legal Publishing: 39723.
- NAVARRO CON SOCIEDAD AUSTRAL DE ELECTRICIDAD*, Primer Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 18 de agosto de 2000, Rol N° 6514-99.
- OLIVARES CON CORPORACIÓN SANTO TOMÁS PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA*, Segundo Juzgado de Policía Local, 9 de abril de 2009, Rol N° 12.066.
- OYARZO Y OTROS CON INSTITUTO PROFESIONAL AIEP S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 8 de febrero de 2008, Rol N° 9070-07.
- POBLETE CON UCINF*, Tercer Juzgado de Policía Local de Providencia, 13 de junio de 2008, Rol 953-H, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de enero de 2009, Rol N° 11264-2008.
- ROJAS CON PRESTO LIMITADA*, Segundo Juzgado de Policía Local de Iquique, 30 de marzo de 2009, Rol N° 12270-E.
- RUZ Y OTROS CON INSTITUTO PROFESIONAL AIEP S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, 10 de octubre de 2008, Rol N° 9080-2007.
- SALAZAR CON ALMACENES PARIS S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, 31 de julio de 2007, Rol N° 19328-2.006
- SALAZAR CON COMERCIALES ACC S.A.*, Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de agosto de 2009, Rol 956-2008
- SEPÚLVEDA CON ENTEL S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 16 de agosto de 2005, Rol N° 3.146-1-2005.
- SERNAC CON BANCO CORPBANCA*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 14 de julio de 2009, Rol N° 21.562-DIO/08, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2009, Rol N° 10.636-2.009.

- SERNAC CON BANCO DE CHILE*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 17 de noviembre de 2009, Rol N° 21.008-DIO/08, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 2010, Rol N° 523-2010.
- SERNAC CON CHILECTRA S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de mayo de 2009, Rol. 19.497.
- SERNAC CON CHILNET S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, 23 de agosto de 2006, Rol 4585-F.
- SERNAC CON CLARO CHILE. S.A.*, Juzgado de Policía Local de Huechuraba, 10 de febrero de 2009, Rol N° 34.871-3.
- SERNAC CON COFISA. S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, 23 de diciembre de 2009, Rol N° 25092-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2010, Rol N° 727-2.010.
- SERNAC CON COMISIONES Y COBRANZAS S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2007, Ro 1770-2007.
- SERNAC CON DELTA AIRLINES*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 12 de noviembre de 2009 (interlocutoria), Rol N° 23.412-DIO/07.
- SERNAC CON ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES S.A.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Temuco, 28 de diciembre de 2009 (interlocutoria), Rol N° 97.916-M.
- SERNAC CON INVERSIONES Y TARJETAS S.A.*, Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, 28 de junio de 2005, Rol 5068-2.004, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de abril de 2006, Rol N° 7247-2005.
- SERNAC CON INVERSIONES S.C.G.*, Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, 22 de noviembre de 2004, Rol N° -.148-04-ME, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de enero de 2006, Rol N° 3928-2005.
- SERNAC CON FARMACIAS AHUMADA S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 17 de septiembre de 2008, Rol N° 16.200-dio/07M.
- SERNAC CON UNIVERSIDAD DE CIENCIAS DE LA INFORMÁTICA*, Corte de Apelaciones de San Miguel, 31 de enero de 2009, Rol N° 1141-2008 CIV.
- SERNAC CON UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO*, Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes, 29 de octubre de 2009, Rol N° 3.921-8, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de marzo de 2010, Rol 179-2010.
- SERNAC Y OTRO CON COMISIONES Y COBRANZAS S.A.*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 11 de diciembre de 2006, sin Rol, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 2007, Rol N° 1.765-2.007.
- SERNAC Y OTRO CON NO SE CONSIGNA*, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de julio de 2008, Rol N° 372-2008, N° LP: 42252.
- SERNAC Y OTRO CON SANTANDER BANEFE*, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, 12 de enero de 2007, Rol N° 9.936-DIO/06.
- SERNAC Y OTROS CON B. BRAUN MEDICAL S.A.*, Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 18 de enero de 2010, N° 3422-2008, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, 17 de mayo de 2010, Rol N° 187-2010.
- SILVA CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR*, Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago, 27 de abril de 2009, Rol N° 3.809-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2009, Rol N° 8424-2009.

STUARDO CON DITEC S.S., Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de marzo de 2006, Rol N° 325-2006, N° LP: 38465; Corte Suprema (queja), 12 de mayo de 2008, Rol N° 1548-2008.

VÁSQUEZ CON PATROL S.A., Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de noviembre de 2008, Rol N° 66.186.

VEGA CON LÍDER PRESTO VECINO. Juzgado de Policía Local de Ovalle, 14 de septiembre de 2009, Rol N° 2.703/2009.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR INFRACCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

CRISTÓBAL GONZÁLEZ OGAZ

Master of Laws, Universidad de Columbia

Profesor de Micro y Macroeconomía

Universidad de los Andes

I. LA LIBRE COMPETENCIA

Una economía social de mercado exige que se asegure el respeto a ciertos principios que permitan resolver las fallas que se originan en el libre intercambio de bienes y servicios. Estos preceptos son reconocidos en primer término en la Constitución Política, y en especial en las normas relativas al Orden Público Económico.

El estudio de la libre competencia comienza en el art. 19 N° 21 de la Constitución Política, al reconocerse *“el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*. Es decir, desde la perspectiva de la libre competencia, todo emprendimiento debe respetar el derecho de otra persona (competidor) para ejercer la actividad económica que desee sin otras limitaciones que las señaladas en la Constitución Política.

Por esta razón, la ley reguladora de la libre competencia debe fortalecer esta garantía constitucional de manera que los agentes económicos puedan participar libremente en el mercado de bienes y servicios. Por esto se debe proteger la competencia¹, y no a los competidores² ni a los

¹ “El Decreto Ley 211, de 1973, y sus modificaciones –por contraste– se ocupa de tutelar la libre competencia en todas las fases productivas de la actividad económica (tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios, señalaba a título ejemplar el antiguo artículo cuarto de dicho cuerpo normativo) y no sólo en las operaciones entre proveedores y consumidores finales. En esta tutela, el Decreto Ley 211 no sólo previene y sanciona actos jurídicos, con independencia de su mercantilidad y de su habitualidad, sino que también

consumidores³ –singularmente considerados–, amparando el derecho a desarrollar una actividad económica en un marco de competencia⁴ libre⁵ entre los distintos agentes económicos.

Esta relación entre libre emprendimiento y libre competencia hace que algunas conductas contrarias a la libre competencia pueden ser tuteladas por el recurso de protección, por el recurso de amparo económico, y por la acción por infracción a la libre competencia⁶.

precare y reprime hechos jurídicos que resulten atentatorios de la libre competencia”. Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 148.

- ² “Es importante no confundir la tutela de la libre competencia con una protección selectiva de ciertas categorías de competidores. Es en este sentido que importantes sentencias antimonopólicas estadounidenses han establecido que el derecho de la libre competencia tiene por objeto proteger el proceso de la competencia más que a los competidores. Ciertamente que no puede haber proceso competitivo sin competidores; pero lo que se quiere significar es que ningún competidor será protegido por sí mismo, esto es, por sus peculiares características, v. gr., tamaño, nacionalidad, vínculos políticos, etc., sino que sólo será tutelado en tanto y en cuanto participe en el respectivo proceso competitivo, y con independencia de sus propias características”. Valdés, *ibidem*, p. 142.

- ³ “Desde una óptica conceptual, la protección de los consumidores dice relación con la sinceridad y transparencia de las operaciones comerciales, a título oneroso, que se verifican entre los consumidores finales y los proveedores, que habitualmente los abastecen de bienes o les prestan servicios”. Valdés, *ibidem*, p. 147.

- ⁴ “El bien jurídico libre competencia aunque exhibe una fundamentación constitucional, ello no significa que aquél sea una mera transposición al orden administrativo contravencional de una garantía constitucional y es, precisamente por ello, que manifestábamos en el capítulo pertinente de esta obra que es improcedente identificar la libre competencia con la garantía constitucional consistente en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En efecto, la libre competencia no se identifica con el derecho a desarrollar actividades económicas: en competencia con otros, esto es, ciñéndose a los intercambios libremente conducidos y que tengan lugar en los mercados, lo cual es ciertamente la modalidad más importante –pero no la única– de desarrollar actividades económicas”. Valdés, *ibidem*, p. 179.

- ⁵ “La libertad a que alude el Decreto Ley 211 es una libertad para competir en los términos que cada persona ha resuelto y que esa resolución no sea perturbada por otro competidor”. Valdés, *ibidem*, p. 120.

- ⁶ “Desde la perspectivas de esta función tutelar se presenta un campo que, tal como se ha advertido, simultáneamente puede ser objeto de la garantía constitucional contenida en el inciso primero del art. 19, N° 21 de la Constitución y del Decreto Ley 211.

Esto resulta de la relación entre la libertad para desarrollar actividades económicas y la libertad para competir, lo cual ha sido recogido por la jurisprudencia antimonopólica en los siguientes términos:

‘Que sin perjuicio de la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (...), el orden económico que se ha establecido en el país es el de una economía social, en el cual su principio rector es la libertad económica que se manifiesta de distinta manera, y donde el empleo de la libre competencia es uno de los mecanismos impulsores de la economía donde, por cierto, se encuentran contenidos y garantizados, entre otros principios del orden público económico, el de la libertad de la persona humana en cuanto se manifiesta en el derecho para desarrollar cualquier actividad económica con las limitaciones antes indicadas . . .’ (Nota pie de página 103: Dictamen N° 992/636 de la Comisión Preventiva Central, confirmado por la Comisión Resolutiva (hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) mediante Resolución N° 480, en el cual cita Oficio N° 725 de la Dirección General de Aguas.

Ello acarrea, por consecuencia, que ciertas conductas pueden ser impugnadas como atentado al mencionado precepto constitucional a través de las acciones que confieren el recurso de protección y el recurso de amparo económico, que son de conocimiento de la respectiva Corte de Apelaciones, o bien como ofensas al Decreto Ley 211 a través de un requerimiento

II. INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

La infracción a la libre competencia se encuentra descrita en un tipo general denominado injusto de monopolio, el cual en doctrina no se refiere exclusivamente al mercado en cuya estructura sólo existe un oferente. El injusto de monopolio es mucho más amplio puesto que considera todas las conductas en las cuales los agentes económicos se aprovechan de su poder de mercado para apoderarse del excedente ajeno.

Un monopolio no es en sí mismo antijurídico, sino que requiere de un funcionamiento que entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos. Como lo dice Valdés: *“La operación del monopolio se compone de una multitud de hechos, actos y convenciones, de entre los cuales será preciso diferenciar aquellos que son antijurídicos versus aquellos que no lo son. Los hechos, actos o convenciones antijurídicos, en el sentido indicado, serán los que den lugar a reproche por el Derecho de monopolios”*⁷.

Por lo tanto la declaración de existencia de un ilícito monopolístico es una tarea compleja que requiere de una revisión jurídica y económica del mercado relevante involucrado (del mercado del producto y del mercado geográfico). Esta complejidad junto a la dinámica de mercado, según Poblete, puede incluso llegar a desafiar el concepto de cosa juzgada⁸.

El ilícito monopolístico se ha estimado que se encuentra compuesto por los siguientes requisitos: conducta humana, antijuricidad de la conducta, efecto anticompetitivo, relación de causalidad entre la conducta y el efecto anticompetitivo, dolo o culpa del agente, y existencia de una pena que sancione el ilícito. De esta forma Valdés ha definido el injusto monopolístico como *“[u]na infracción típica, antijurídica, dolosa o negligente, mediante la cual se pone en riesgo o lesiona casualmente el bien jurídico libre competencia y, por tanto, se vulnera uno de los contenidos de bien común de la sociedad civil”*⁹.

o una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Valdés, *ibidem*, pp. 128-29.

⁷ Valdés, *ibidem*, p. 61.

⁸ “Los ilícitos infraccionales contenidos en la ley de defensa de la competencia son, en terminología penal anglosajona, *malum prohibida*, esto es, prohibiciones contingentes, adoptadas en determinadas circunstancias, pero que perfectamente pueden derogarse en otras. Por otro lado, las prácticas de deslealtad a la libre competencia dependen, por una parte, de un factor subjetivo, el abuso y por otra, de unas especiales condiciones en los mercados. Así, no toda fusión que reúna gran cantidad del mercado ni todo acuerdo de precios puede ser calificada, *prima facie*, de atentar contra la libre competencia. Asimismo, el dinamismo del mercado puede convertir en lícita una situación que anteriormente se había calificado como ilícita. Sin ir más lejos, la propia legislación puede ampliar o restringir la participación de los agentes económicos generando toda suerte de modificaciones de la realidad. Tales cambios y modificaciones fácticas desafían las reglas sobre cosa juzgada”. Poblete Iturrate, Orlando, “Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en materia de libre competencia”, en Romero Seguel, Alejandro (coordinador), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, LexisNexis, 1ª Edición, Santiago, 2007, p. 288.

⁹ Valdés, *op. cit.*, p. 228.

Sin embargo, la Corte Suprema ha estimado que el elemento subjetivo no es un requisito del tipo antimonopólico:

“Séptimo: Que las recurrentes en sus reclamaciones fundan su petición de revocar la sentencia en que no se habría demostrado por el fallo la concurrencia de los requisitos para configurar el tipo infraccional establecido en la letra b) del artículo 3° del DFL 211, es decir, existencia de una posición de dominio fuera del territorio operacional, la existencia de actuaciones abusivas y la concurrencia de culpa o dolo en tales actuaciones. Al contrario de lo sostenido por las reclamantes, se ha establecido tanto la existencia de una posición dominante como de cobros abusivos; y respecto a la concurrencia de culpa o dolo, ello no constituye un requisito del tipo infraccional establecido en autos, ya que la norma de la letra b) del artículo 3° del D.L. 211 no alude ni exige la concurrencia de ese elemento subjetivo, ya que basta la infracción a la norma para que el actuar se estime culposo, lo que constituye culpa infraccional o normativa. Por tanto, no se configura la falta que se atribuye al fallo”.¹⁰

Entonces, al excluirse el elemento subjetivo, el requisito conducta cobra especial relevancia para configurar el tipo. La conducta se encuentra descrita de manera general en el denominado tipo universal antimonopólico¹¹ como *“cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*¹².

El inc. 2° del art. 3° del D.L. 211 contienen una enumeración ejemplar de aquellas conductas específicas (*“hechos, actos o convenciones”*) que tienen o que pueden producir un efecto anticompetitivo:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

¹⁰ Corte Suprema, Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. contra Aguas Nuevo Sur Maule S.A., Rol N° 5443-2009, 18 de mayo de 2010.

¹¹ Valdés, *op. cit.*, p. 241.

¹² Inc. 1° art. 3° del DL 211. Debido a esta descripción general es que el inc. 2° del art. 20 del DL 211 dice que: *“El requerimiento o demanda deberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción”*.

Esta singularización general y específica del elemento conducta en el ilícito antimonopólico hace que tome importancia el conocer el momento o periodo de su ejecución para así determinar el instante en que nace la acción por infracción a la libre competencia y el inicio de su plazo de prescripción.

La acción por infracción a la libre competencia nace con motivo de haberse cometido un ilícito monopólico y constituye la herramienta jurídica destinada a proteger la libre competencia y asegurar la sanción del infractor. El derecho a esta acción se hace valer a través de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de demanda de un particular.

Se trata de una acción con exigentes supuestos de éxito puesto que se requiere la verificación de requisitos jurídicos y técnicos/económicos que corresponden al tipo infraccional genérico y específico.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

En Derecho Civil, Barros al tratar la determinación de los deberes de cuidado habla de la culpa infraccional como una contravención de un deber de cuidado establecido por la ley o por una autoridad con potestad normativa¹³. Es decir, la sola infracción o incumplimiento de los requisitos establecidos por el tipo normativo hace que el acto sea ilícito y culpable.

La culpa infraccional da origen a la responsabilidad infraccional o contravencional, cuya importancia se ha incrementado en el derecho moderno ya que es un sustituto del Derecho Penal pero con un menor poder sancionador¹⁴.

¹³ “a) La culpa infraccional supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante).

Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas. Es el caso de materias tan diferentes como el tránsito de vehículos motorizados (Ley del tránsito), la seguridad de las construcciones (Ley de urbanismo y construcciones), la protección del medio ambiente (Ley del medio ambiente), el funcionamiento justo y eficiente de los mercados, en materias de la libre competencia (DL 211/1973), de mercado de valores (Ley de valores)”. Barros Bourrie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, 2006, pp. 97-98.

¹⁴ “Junto a la responsabilidad penal, debe colocarse otro tipo de responsabilidad jurídica de naturaleza sancionatoria: se trata de responsabilidad por la infracción de normas administrativas o contravencionales, que las leyes suelen sancionar con medidas especiales como clausura del establecimiento o penas pecuniarias (multas), y cuyo conocimiento puede encargarse indistintamente a autoridades administrativas, a jueces de policía o a jueces letrados.

Este tipo de responsabilidad se ha incrementado ostensiblemente en el Derecho contemporáneo, ya que, en general, constituye un sustituto para encausar actividades particulares sin recurrir a la herramienta fuerte que es la ley penal. Legislaciones especiales como las de carácter económico, previsional, sanitario, las que regulan el tránsito vehicular, etc., son pródigas en sanciones contravencionales”. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, 2003, p. 20.

Se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del ilícito anticompetitivo, sobre si se trata de un ilícito penal o administrativo. Con la derogación del tipo penal de monopolio, esta cuestión se ha hecho más fácil, y ha llevado a la mayoría de la doctrina a estar de acuerdo en que se trata de un ilícito infraccional/administrativo, aplicándose –en consecuencia– todas las normas del derecho administrativo sancionador existiendo sólo dudas sobre la extensión de las garantías del Derecho Penal que se le debería aplicar.

Ahora, frente a un ilícito anticompetitivo se da una dualidad de responsabilidades y de sanciones. En efecto, la misma conducta puede ser sancionada con alguna de las medidas señaladas en el art. 26 del DL 211 (por ejemplo multa) y, a su vez, puede dar lugar a una indemnización reparatoria civil por los perjuicios causados¹⁵. Así se reconoce en forma expresa en el art. 30 del DL 211:

“Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

IV. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El Código Civil al tratar la prescripción extintiva en general la define como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales¹⁶.

Por lo tanto, resulta esencial conocer con certeza el punto de inicio para el cómputo del plazo de la prescripción extintiva y el periodo de tiempo que se tiene para deducir la acción. Tanto el comienzo como el periodo de prescripción varía según la naturaleza de la acción que se trate.

¹⁵ “Aunque es discutido cuál es la naturaleza propia de estas sanciones [por responsabilidad infraccional], si son penales o administrativas, lo cierto es que para efectos de su concurrencia con la responsabilidad civil funcionan del mismo modo que las transgresiones penales. Es decir, un hecho que es sancionable administrativamente (con multa, por ejemplo) si produce daño a otros (y el daño es consecuencia directa de la conducta sancionada), da lugar a ambas responsabilidades: contravencional (para los efectos de cumplir la sanción legal impuesta) y civil (para reparar el daño producido)”. Corral, *ibídem*, p. 23

¹⁶ Art. 2492 del Código Civil.

Así, por ejemplo, si se trata de una acción para exigir el cumplimiento de una obligación, la regla general es que el plazo de prescripción se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible. Sin embargo, en el Código Civil se pueden encontrar varios casos en los cuales el plazo de prescripción se inicia en un tiempo distinto. Por ejemplo, se considera la fecha de celebración del acto o contrato para el comienzo de cómputo del plazo de prescripción de la acción comisoria¹⁷, de la acción pauliana o revocatoria¹⁸, de la acción de nulidad absoluta¹⁹, y de la acción rescisoria de nulidad relativa en caso de error o dolo²⁰.

Otro momento de inicio distinto para el cómputo de la prescripción se encuentra en la acción rescisoria por nulidad relativa en caso de violencia y de incapacidad legal, casos en los cuales la prescripción se cuenta desde el momento en que cese la violencia o la incapacidad legal.

También otro comienzo distinto para el cómputo de la prescripción se encuentra en la acción indemnizatoria derivada de un delito o cuasidelito civil, la cual comienza a correr desde la perpetración del acto²¹. Formulación que es muy similar al punto de inicio del plazo de prescripción de la acción por responsabilidad infraccional tributaria *“[p]ara perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”*²².

Si nos referimos al Derecho Penal, los plazos de prescripción tanto de la acción penal como de la pena son los mismos. La prescripción de la acción penal *“empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”*²³.

El cómputo del plazo de prescripción en materia penal es una cuestión compleja que obliga a distinguir²⁴ entre: a) delitos instantáneos, b) delitos

¹⁷ Art. 1880 del Código Civil.

¹⁸ Art. 2468 del Código Civil.

¹⁹ Art. 1683 del Código Civil.

²⁰ Art. 1691 del Código Civil.

²¹ Art. 2332 del Código Civil.

²² Inc. final del art. 200 del Código Tributario.

²³ Art. 95 del Código Penal.

²⁴ “Tratándose de delitos instantáneos, la fijación de este día no ofrece problemas. Si se trata de un delito permanente, no puede decirse que él sea cometido en un día preciso, sino que mientras se prolonga la actividad delictiva el delito *se está cometiendo*, y por consiguiente el día que marca el comienzo de la prescripción será el día en que se termine la actividad delictiva. Si se trata de un delito continuado, como las diversas acciones no pueden ser separadas en el tiempo, por constituir una sola actividad delictual, el plazo de prescripción debe empezar a contarse desde la última de las acciones unificadas. En cambio, en el delito de ‘efectos permanentes’, igual que en todos los delitos instantáneos, el plazo de prescripción comienza a contarse desde la acción ejecutiva. En el delito habitual, tratándose de la punibilidad de un conjunto de hechos, la prescripción se contará desde el último hecho acaecido. En los delitos materiales, si ha mediado un plazo entre la acción misma y el resultado, debe considerarse ‘momento de comisión’ aquel en se ejecuta la acción”. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago, 2005, t. II, p. 257.

permanentes, c) delito continuado, d) delito de efectos permanentes, e) delito habitual, y f) delitos materiales.

Esta distinción del tipo de delito para determinar el inicio del plazo de prescripción cobra real importancia en el derecho administrativo sancionador, y como lo veremos una similar distinción ha efectuado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante indistintamente denominado como el “Tribunal”.

V. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL DECRETO LEY N° 211

Se han presentado varios argumentos para fundamentar la prescripción extintiva de la acción por infracción a la libre competencia, como por ejemplo el orden y paz social en la estabilidad de las relaciones económicas y jurídicas, el abandono de sus derechos por parte del acreedor, la negligencia del acreedor en la protección de sus derechos (la cual no debe ser protegida por el derecho), la necesidad de dar tranquilidad y certeza para el funcionamiento de un determinado mercado, etc.

El dar lugar a la prescripción extintiva de la acción por infracción a la libre competencia no significa aceptar el funcionamiento injusto del mercado, sino que es dar certeza a los agentes económicos sobre la estructura y reglas aplicables para participar en él. Lo cual al final no es otra cosa que información.

Al igual que una obligación civil, la infracción a la libre competencia no desaparece por el mero lapso de tiempo, lo que se extingue es la acción que otorga la ley para tutelar el bien jurídico competitivo y perseguir la sanción del infractor.

El art. 20 del D.L. N° 211 establece las normas de prescripción extintiva distinguiendo según el tipo de acción de que se trate.

a) Infracciones a la libre competencia

Esta acción prescribe en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se funda. Esta prescripción se interrumpe por la presentación ante el Tribunal de un requerimiento por parte del Fiscal Nacional Económico o de una demanda por parte de algún particular²⁵.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 20.361, el plazo de prescripción de esta acción era de dos años. Este aumento en el periodo

²⁵ Inc. 3° art. 20 DL 211.

de prescripción ha motivado el ejercicio del derecho establecido en el art. 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes²⁶.

El Tribunal ha interpretado el concepto de “demanda” en un sentido amplio al incluir la noción de medida precautoria y “[t]oda gestión o recurso judicial interpuesto en resguardo del derecho que la prescripción amenaza con extinguir”²⁷.

Por otra parte, el Tribunal ha fallado que la presentación de una demanda o de un requerimiento no interrumpe por sí mismo la prescripción. Es necesaria –además– su notificación puesto que desde ese momento se entiende por constituida la relación procesal y trabada la *litis*²⁸.

Finalmente, digamos que la declaración de la prescripción de la acción con respecto a ciertos hechos no impide que el Tribunal considere dichas conductas como “*hechos de contexto*” con el objeto de compararlas con aquellas que no se encuentren prescritas²⁹.

²⁶ “Duodécimo: . . . Con respecto a la prescripción, Shell ejerció el derecho que le confiere el artículo 25° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, y escogió acogerse a la prescripción de dos años que contempla el inciso 3° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, introducido por la Ley N° 19.911;

Decimotercero: Que, en cuanto a la prescripción alegada por Shell, debe tenerse presente que el artículo 25° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes dispone que “*la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir*”;

Decimocuarto: Que, por lo tanto, el plazo de prescripción no debe contarse desde la ejecución de la conducta o celebración de los contratos de franquicia rolantes a fojas 1 y 39, el 3 de febrero de 2003, sino desde que entró en vigencia la Ley N° 19.911, que introdujo el plazo de prescripción de dos años, el 12 de febrero de 2004”;

Sentencia N° 53, 6 de junio de 2007, C 87-06 - Demanda de Labbé, Haupt y Cía. Limitada contra Shell Chile.

²⁷ “Decimoquinto: Que, al tenor de lo preceptuado en la parte pertinente del inciso 3° del artículo 20° del Decreto Ley N° 211, “esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular”. En este caso, debe entenderse que la prescripción fue interrumpida en la fecha en que se notificó por cédula a Shell el traslado conferido respecto de la medida precautoria solicitada en autos, el 19 de enero de 2006, tal como consta a fojas 196 del cuaderno de medidas precautorias. En efecto, a juicio de este Tribunal, la expresión “demanda” que la ley emplea al tratar la interrupción de la prescripción extintiva, comprende toda gestión o recurso judicial interpuesto en resguardo del derecho que la prescripción amenaza con extinguir”;

Sentencia N° 53, 6 de junio de 2007, C 87-06-Demanda de Labbé, Haupt y Cía. Limitada contra Shell Chile.

²⁸ “Decimoséptimo. Que, por otra parte, también debe tenerse presente que existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que ese plazo de dos años debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si, antes de vencido dicho término, se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la *litis*. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2010, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2010 de fecha 9 de octubre de 2007 y 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008”;

Sentencia N° 106, 2 de diciembre de 2010, Requerimiento de la FNE contra Bertonati Vehículos Especiales Ltda. y otros, C 163-08.

²⁹ “Trigésimo séptimo. Que el requerimiento se refiere a conductas ocurridas “durante el periodo 2003-2005” (fojas 288), por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 inc.

b) *Infracción especial de colusión*

El plazo de prescripción es de cinco años y no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

c) *Medidas que ordene el Tribunal*

Las medidas y penas que determine el Tribunal para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular. Esta prescripción no se suspende en forma de ninguna persona.

d) *Acción civil que emana de una infracción a la libre competencia*

Esta acción prescribe en el plazo de cuatro años, que se cuenta desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

VI. CÓMPUTO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN POR INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

Para el cómputo del plazo de prescripción de la acción por infracción a la libre competencia hay que distinguir entre el tipo de contravención, puesto que algunos ilícitos se perfeccionan y agotan en un instante, y otros se mantienen en el tiempo, pudiendo en cada caso ser sus efectos anticompetitivos temporales o permanentes.

El artículo 20 sólo dice que la prescripción se cuenta “[d]esde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia”, sin distinguir entre [e]jecuciones aisladas con efectos anticompetitivos, o ejecuciones que se mantienen en el tiempo, con efectos de igual carácter”³⁰;

3º del D.L. N° 211, deberán acogerse parcialmente las excepciones de prescripción planteadas, esto es, sólo respecto de aquellos hechos de significación jurídica llevados a cabo o concluidos hasta dos años antes de la fecha de notificación del requerimiento a cada parte, esto es, antes del 19 de octubre de 2004 en el caso de ANSM, del 11 de octubre de 2004 para ESSBIO, del 12 de septiembre del mismo año respecto de Aguas Andinas, y del 4 de octubre de 2004 para ESSAL; hechos que tampoco se tendrán en cuenta para calificar la gravedad de dicha conducta, sin perjuicio de considerarlos como hechos de contexto pertinentes para la comparación con aquellos contratos celebrados en el periodo no prescrito”; Sentencia N° 85, 2 de julio de 2009, Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., C 79-05.

³⁰ Corte Suprema, Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A., rol N° 3732-2007, sentencia 10 de octubre de 2007, Considerando 15.

Por lo anterior, necesariamente para conocer cuándo comienza a correr la prescripción, se debe saber cuándo la conducta ha sido ejecutada. Lo que obliga distinguir entre infracciones que constituyen una conducta aislada (que se perfeccionan en una sola acción), y aquellas de ejecución constante en el tiempo (que se perfeccionan en una serie continuada de acciones que se encuentran vinculadas jurídicamente por el tipo infraccional).

1. EL CÓMPUTO DEL PLAZO EN DERECHO PENAL

Aplicando la dogmática penal se podría decir que en la mayoría de las infracciones anticompetitivas se está en presencia de una unidad jurídica de diversos “*hechos, actos, o convenciones*”, los cuales se encuentran vinculados en una conexión de continuidad consistente en entorpecer o restringir la libre competencia.

En Derecho Penal cuando se habla de “conexión de continuidad”³¹ se hace referencia al delito continuado el cual exige los siguientes requisitos:

a) Pluralidad de actos, separados en forma cronológica; es decir, *“[e]xisten diversos comportamientos externos, separados cronológicamente el uno del otro. Lo esencial es que cada uno de esos actos llene enteramente la descripción típica y sean antijurídico en sí mismo, de modo que el hecho pueda ser punible, en principio, por cada uno de ellos aisladamente”*³².

b) Unidad de lesión jurídica: debe existir identidad entre los distintos hechos de relevancia jurídica y el tipo.

c) Conexión entre las acciones: debe existir un solo propósito y efecto, el cual consiste en restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos.

2. EL CÓMPUTO DEL PLAZO EN EL DERECHO CIVIL

El cómputo del plazo de prescripción para los ilícitos instantáneos, pero con efectos prolongados, como para los ilícitos continuados, no es un problema exclusivo del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador. También la doctrina civil ha analizado este problema,

³¹ “c) Conexión de continuidad. Esta conexión da origen al llamado “delito continuado”, de mucha importancia en la aplicación de la ley penal. Se señala históricamente a los prácticos italianos, en especial a FARINACIO, como a quienes primero llamaron la atención acerca de esta especial forma de delito. Así, consideraban autor de un solo hurto al que, en ocasiones sucesivas, iba sustrayendo el contenido de un saco de trigo hasta vaciarlo totalmente, con lo cual el hechor podía librarse de la pena de muerte entonces imperante para el tercer hurto. El concepto fue defendido por Carrara, y corresponde tan evidentemente a la realidad de las cosas, que ha sido ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia de la totalidad de los Estados. Sería también el caso del dependiente de tienda que, desea hurtar un traje, sustrajera un día la chaqueta y al día siguiente los pantalones, para poder retirarlos del local sin ser notado”. Etcheberry, *op. cit.*, p. 111.

³² Etcheberry, *ibídem*, p. 111.

concluyéndose que debido a la peculiar redacción del art. 2332 del Código Civil el plazo de prescripción debe contarse en el primer caso a partir del cese del daño, y en el segundo caso con el último acto.

Al referirse al art. 2332 del Código Civil, Barros señala que: “[s]i la consumación del hecho es coetánea a la producción del daño, desde ese momento debe comenzar a computarse el plazo de prescripción. Si el hecho es instantáneo, pero el daño continuado, la prescripción sólo comienza a correr cuando cesa el daño (aunque pueda ir extinguiéndose progresivamente la acción respecto de daños ocurridos con más de cuatro años de anticipación).

“La misma regla resulta aplicable cuando se trata de un hecho ilícito complejo, compuesto por un conjunto de actos autónomos, pero normativamente vinculados entre sí y que causan daño. En este evento, el último de dichos actos es el que resulta relevante a efectos del cómputo de la prescripción”³³.

Por su parte, Corral junto a Abeliuk concluyen que “[l]a prescripción debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño”³⁴.

3. CRITERIO FIJADO POR EL TRIBUNAL PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El Tribunal ha fijado su criterio para conocer cuándo una determinada conducta se entiende como “ejecutada”. Siguiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua ha entendido la “ejecución” como la acción y efecto de ejecutar, es decir, poner por obra algo consumiendo una

³³ Barros, *op. cit.*, p. 925. En la nota al pie de página N° 123 dice que: “Se ha fallado que tratándose de un acto ilícito configurado por acciones u omisiones mantenidas durante un extenso período, procede computar el plazo de prescripción sólo desde que cesa la actividad que se venía prolongado en el tiempo (CS, 4.1.1996, F. del M. 446, 1899); y que para determinar el momento a partir del cual debe constarse el plazo de prescripción cuando concurren ilícitos continuados debe estarse al instante en que ellos cesan de producirse (CS, 6.11.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 326)”.

³⁴ “En relación con el plazo se ha planteado el problema de la determinación del momento inicial cuando el hecho dañoso tiene una prolongación en el tiempo. En un caso reciente, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la prescripción comienza a correr desde que se comete el hecho ilícito, y no desde la fecha en que se ocasiona el daño (C. Stgo., 18 de abril de 1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 2ª, p. 29). Pero la Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja, desestimó la excepción de prescripción interpuesta por el Fisco por entender que cuando el hecho ilícito consta de una serie encadenadas de acciones, el plazo se cuenta desde que termina el período de ejecución: se trataba de una serie encadenada de hechos que el Gobierno a través de sus agentes inició con la detención y arraigo del barco de propiedad del demandante y prosiguió con la secuencia de otros encaminados a causar desprestigio, deshonra y descrédito de éste (C.Sup., 6 de noviembre de 1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, p. 326). De ello se deduce que, tratándose de hechos ilícitos concatenados entre sí y que conforman una cierta unidad, la prescripción debe correr desde el último de ellos”. Corral, *op. cit.*, p. 350.

conducta determinada. Para estos efectos, la “ejecución” que interesa, es la comisión o celebración de hechos de significación jurídica sean actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales³⁵.

Dicho de otra forma, el cómputo del plazo de la prescripción de una conducta contraria a la libre competencia comienza en el instante en que cesa la ejecución material de dicha conducta³⁶, ya que se ha estimado –por regla general– que los efectos anticompetitivos persisten en medida en que se prolonga la conducta^{37,38}.

³⁵ “Vigésimo. Que, al respecto, debe analizarse cuándo se deben entender los hechos imputados como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que éste sea. Este Tribunal ya se ha pronunciado en casos anteriores al respecto (Sentencia N° 42, de seis de septiembre de dos mil seis), estableciendo (a) que el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define “ejecución” como la acción y efecto de ejecutar, y el verbo “ejecutar” como “poner por obra algo”, esto es, según su etimología, “consumir, cumplir” una acción o conducta determinada; (b) que para los efectos de las materias de que conoce generalmente este Tribunal, la ejecución de actos anticompetitivos ha de entenderse referida a la comisión o celebración de hechos de significación jurídica, sean éstos actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones); (c) que la única forma de discernir las fechas o períodos de ejecución de las conductas sometidas al Tribunal es la identificación de aquellos datos temporales objetivos, contenidos en el expediente, a partir de los cuales sea posible determinar su inicio y su término”; Sentencia N° 57, 12 de julio de 2007, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, C 77-05.

³⁶ “Quinto: Que se sigue de lo anterior que es tarea de este Tribunal dilucidar primeramente cuál habría sido la fecha en que concluyó o cesó la ejecución material de las conductas en cuestión para, a continuación, computar los plazos de prescripción y determinar si esta fue interrumpida, o no, atendida la fecha de la notificación de la demanda respectiva; Sexto: Que, a juicio de este Tribunal, las conductas imputadas en autos se habrían verificado o ejecutado durante todo el periodo en que Claro mantuvo la oferta de los planes cuestionados, por lo que el plazo de prescripción sólo puede computarse a partir de la fecha en que, de acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, la demanda retiró los planes objetados del mercado, pues sólo de esa forma pudo poner fin a la ejecución de las conductas imputadas”; Sentencia N° 110, 28 de enero de 2011, Demanda de Sociedad Will S.A. contra Claro Chile S.A., C 199-10.

³⁷ “Trigésimo quinto. Que, al respecto, este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que el plazo de prescripción de una conducta contraria a la libre competencia debe computarse a partir del momento en que cesa dicha conducta. Así, si bien el incremento injustificado de precios se inicia en enero del año 2005, éste se mantuvo al menos hasta noviembre del año 2007, tal como consta de la información proporcionada por la propia requerida a fojas 259, por lo que resulta improcedente declarar la prescripción de la conducta ilícita en los términos argumentados por EDELMAG”; Sentencia N° 73, 20 de agosto de 2008, Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., C 147-07.

³⁸ “Decimosexto. Que, respecto de las conductas imputadas a SCL, debe considerarse que este Tribunal ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que el plazo de prescripción de una conducta contraria a la libre competencia debe computarse a partir del momento en que cesa dicha conducta. Así, de acreditarse que efectivamente SCL incurrió en las conductas imputadas en el periodo comprendido entre el 13 de noviembre de 2004 y la fecha de notificación de la demanda de autos, resulta improcedente declarar la prescripción de éstas en los términos argumentados por SCL”; Sentencia N° 75, 30 de septiembre de 2008, Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., C 147-07.

Sin embargo, pueden existir actos de ejecución instantánea pero que generen efectos anticompetitivos permanentes. Entonces, como lo que marca el plazo de prescripción es la ejecución de la conducta y no la extensión temporal de sus efectos, lo que va a determinar el inicio de dicho plazo es exclusivamente la finalización de la ejecución de los “*hechos, actos, o convenciones*” y no la extinción de los efectos anticompetitivos³⁹.

Un ejemplo: “Duodécimo: Que, sin embargo, el caso *sub-lite* presenta notables disimilitudes respecto de aquél que motivó la jurisprudencia antes citada, toda vez que, en la especie, aun cuando también se trata de un reglamento o manual dictado por la demandada –en este caso una concesionaria de un frente portuario– que es aplicado de forma permanente por ésta, dicho manual fue conocido y expresamente aceptado por la demandante desde el inicio de su relación comercial con STI, esto es, desde el momento mismo en que se le adjudicó la concesión para operar el Terminal Marítimo de Productos Líquidos. En efecto, no se trata aquí de un caso en el que un tercero, que requiere contratar de una empresa un insumo o instalación respecto de la cual esta última ejerce una posición de dominio, se enfrenta a la circunstancia de que dicho dominante abuse de tal posición imponiéndole condiciones de contratación prefiguradas en un reglamento o manual que el afectado viene en conocer sólo al momento de llevarse a cabo dicha aplicación. Por el contrario, en este caso, el inicio mismo de la relación entre el supuesto explotador de una posición de dominio y el afectado por dicho abuso se produjo con pleno y expreso conocimiento por parte de este último de las normas que, años después, pretende impugnar como contrarias a la libre competencia, en circunstancias que dichas normas, además, le fueron aplicadas permanentemente”⁴⁰;

Similar es el caso de la negativa de compra (la conducta se entiende ejecutada y el plazo de prescripción comienza en el acto que importa un rechazo)⁴¹, y de la imposición de cláusulas abusivas (la conducta se

³⁹ “Undécimo: [...]La circunstancia de que los efectos de la infracción puedan ser de carácter permanente, o haberse extendido durante todo el período de comercialización, no implica que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que dicha comercialización termine, siendo el término de la ejecución lo que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción”;

Sentencia N° 60, 9 de octubre de 2007, Demanda de Bayer HealthCare LLC contra Maver Ltda., C 110-06.

⁴⁰ Sentencia N° 96, 21 de enero de 2010, Demanda de Terquim S.A. contra San Antonio Terminal Internacional S.A. y Otro, C 136-07.

⁴¹ “Décimo: Que, a juicio de este Tribunal, la negativa de compra denunciada no se materializaría con la dictación del Reglamento de Compra, ni con la determinación o especificación posterior de las leyes mínimas de liquidación o de “levantar a pluma” a que alude el primero, sino cada vez que ENAMI adquiere gratuitamente minerales por los que, según la demandante, debería pagar. Por consiguiente, es preciso contabilizar la prescripción considerando las fechas de emisión de los certificados de análisis de minerales que no eran susceptibles de ser pagados por no cumplir con los requisitos de calidad que exigiría ENAMI, pues tales fechas corresponden a la de ejecución de la conducta denunciada”;

entiende ejecutada en el momento de celebración del contrato, en ese momento comienza la prescripción)⁴².

Aun cuando con respecto a la imposición de cláusulas abusivas, el Tribunal ha considerado como fecha de inicio el día de celebración del contrato, hay conductas similares que presentadas en un contexto distinto han sido calificadas como continuas o de tracto sucesivo. Es el caso del abuso de posición dominante en la imposición de términos contractuales⁴³. Y también, el cobro de precios abusivos, conducta explotativa que se ejecuta cada vez que se exige su pago, y que cesa cuando se dejan de aplicar o son modificados los parámetros de cobro⁴⁴.

Al igual que en el Derecho Penal, el Tribunal ha ligado en una misma infracción (acción) diversas conductas equivalentes que se encuentran ligadas por una relación de continuidad al mantener el infractor su resolución de atentar a la libre competencia cada vez que se lo permitía un contexto de circunstancias esencialmente equivalentes⁴⁵.

Sentencia N° 70, 02 de julio de 2008, Demanda del Sr. Luciano Pinto Martínez y otros contra ENAMI, C 118-06.

⁴² “Cuarto. Que, a juicio de este Tribunal, la primera de estas conductas, esto es, la imposición de cláusulas abusivas, sólo puede entenderse como ejecutada al momento mismo de la celebración de los contratos que incluyen dichas cláusulas, hecho que en la especie ocurrió el día 6 de noviembre de 1996. Lo anterior por cuanto en esa misma oportunidad se reunieron todos los requisitos necesarios para impugnar, en sede de libre competencia, las cláusulas supuestamente abusivas”.

Sentencia N° 66, 14 de mayo de 2008, Demanda del Sr. Sergio Maldonado Muñoz contra Texaco Chile S.A.C., C 143-07.

⁴³ “Vigésimo séptimo: Que, entonces, los contratos que ligaron a las partes datan de los años 1997, 1998, 1999 y 2001. Por su parte, la modificación del último contrato entre las partes consta en un anexo que fue suscrito el 20 de noviembre de 2003;

...

Vigésimo noveno: Que, en el caso de autos, de haberse manifestado una presunta explotación abusiva de posición de dominio por parte de la demandada en la imposición de términos contractuales perjudiciales a los intereses de RGB o destinados a apropiarse de lo que esta parte denomina como su excedente, la última ejecución de la supuesta conducta anticompetitiva dataría del mes de noviembre de 2003;

Trigésimo: Que, teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta con fecha 14 de julio de 2008 y notificada el día 2 de septiembre del mismo año, este Tribunal acogerá en consecuencia la excepción de prescripción alegada por la demandada, en lo concerniente a los cargos relacionados con supuestos abusos anticompetitivos realizados con ocasión de la celebración de los contratos descritos”.

Sentencia N° 98, 18 de marzo de 2010, Demanda de Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR B.A. Chile S.A., C 168-08.

⁴⁴ “Noveno: Que, por consiguiente, a juicio de este Tribunal, la infracción atribuida a EFE no consiste en la dictación del Reglamento –que data de 1993–, sino en su aplicación a los atraviesos de GTD mediante el cobro de los precios abusivos reprochados; lo cual constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo, que se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobros cuestionados, cada vez que EFE exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la demandada hubiera cesado en la aplicación de los cobros cuestionados, o modificado el Reglamento en base a los cuales éstos son calculados, pues sólo en ese momento la ejecución de la supuesta infracción habría terminado”;

Sentencia N° 76, 14 de octubre de 2008, Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE, C 100-06.

⁴⁵ “Decimoctavo: Que, no obstante lo anterior, tanto los hechos sancionados en la Sentencia N° 85/2009 como los denunciados en autos están estrechamente vinculados entre sí, pues

4. APLICACIÓN EN ILÍCITOS ANTIMONOPÓLICOS ESPECÍFICOS DEL CRITERIO PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

a) *Práctica concertada o acuerdo entre competidores*

Este ilícito implica una sucesión de actos destinados en el tiempo a cometerlos y a prolongar sus beneficios. Cada uno de estos actos debe tener un patrón y dinámica que lo haga vincularse entre ellos con el objeto de formar una conducta integrada por una serie sucesiva de actos referida al mismo objeto. La ausencia de este patrón que unifique los distintos hechos de relevancia jurídica dará cuenta de actos que en forma individual e independiente constituyen una infracción a la libre competencia, considerando –por lo tanto– cada uno de ellos un propio inicio para el plazo de prescripción⁴⁶.

Este patrón común está determinado por el ejercicio de actos que sostienen este acuerdo. Al momento de cesar la materialización de dichos actos comienza a correr el plazo de prescripción.

Asimismo, un acuerdo de precios estará en permanente ejecución mientras se mantenga el sistema convenido para la determinación y aplicación de precios.

Veamos: “Octavo. Que, entonces, la infracción atribuida a la requerida constituye una actividad continuada, que se habría verificado o ejecutado

constituyen, todos ellos, un conjunto de conductas equivalentes, ligadas por una estrecha relación de continuidad, por lo que pueden ser reunidas y consideradas como una unidad jurídica y, por ende, pueden considerarse como única infracción al D.L. N° 211;

Decimonoveno: Que, en efecto, la reunión de diversos actos de la empresa sanitaria Nuevosur S.A. en una unidad jurídica implica reputar como una única acción la suscripción de todos y cada uno de los contratos mediante los cuales abusó o habría abusado de su posición de dominio. Ello presupone considerar que la demandada mantuvo la resolución de abusar de su poder de mercado cada vez que se lo permitió un contexto de circunstancias esencialmente equivalentes;

...

Vigésimo tercero: Que lo razonado en las consideraciones precedentes conduce a reputar los actos denunciados en las demandas de autos y los juzgados y sancionados como infracción del Decreto Ley N° 211 en la Sentencia N° 85/2009 como una misma conducta y no como la reiteración de conductas distintas, separadas e independientes”;

Resolución, 23 de diciembre de 2010, Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia S.A. contra Nuevosur S.A., C 212-10.

⁴⁶ “Vigésimo primero. Que, al respecto, las licitaciones *sub-lite* revisten el carácter de únicas y no repetidas en el tiempo, toda vez que, tal como consta a fojas 2, 86 y 139 de autos, conforman un proceso de adquisición de vehículos para los servicios de salud de gran magnitud, excepcional, y cuya repetición no era probable en un período razonablemente corto, por lo que no es dable esperar que la colusión haya podido adoptar una dinámica de reparto de licitaciones sucesivas y continuar más allá de la fecha de presentación de las ofertas. A mayor abundamiento, debe tenerse presente que los hechos requeridos se refieren únicamente a estas dos licitaciones –las que, debe recordarse, se hicieron de manera conjunta y coetánea– y no a un patrón colusivo que implique o se extienda a otras licitaciones cercanas y sucesivas referidas al mismo objeto o materia”;

Sentencia N° 106, 2 de diciembre de 2010, Requerimiento de la FNE contra Bertonati Vehículos Especiales Ltda. y otros, C 163-08.

cada vez que los minibuses de empresarios miembros de Agmital cobraron tarifas relativamente bajas, sirvieron determinados recorridos en ciertos horarios y realizaron supuestos actos de hostigamiento con el presunto fin de expulsar a un competidor entrante. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución de las conductas en cuestión...”⁴⁷.

Por otra parte, un acuerdo de reparto de mercado subsiste mientras se realicen acciones materiales concretas para que cada parte mantenga su mercado⁴⁸.

b) *Explotación abusiva de posición dominante*

El abuso de posición de dominio puede revestir una serie de actos que se van desarrollando día a día llevando consigo la prolongación de la conducta calificada como explotativa.

Esta sucesión de actos debe estar unida por una “*voluntad constante y permanente de quien la ejecute para poder mantenerse y ser efectiva*”⁴⁹, de tal manera que el cese de dicha conducta marca el inicio del plazo de prescripción: “(d) que la explotación abusiva de posición dominante –que es la materia *sub lite*–, en este caso implica una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener la conducta abusiva y así prolongar sus beneficios esperados; por tanto, debe entenderse que subsiste tal abuso –esto es, que el mismo está siendo ejecutado– mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios que sean imputados como abusivos”⁵⁰;

Sin embargo, existen situaciones en que el plazo de prescripción sólo se computa a partir de un acto singularmente considerado, como

⁴⁷ Sentencia N° 102, 11 de agosto de 2010, Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital, C 191-09.

⁴⁸ “Vigésimo séptimo: Que los acuerdos entre competidores, en general, atendida su particular naturaleza –esto es, que su éxito depende de la voluntad de sus miembros de persistir en él–, implican siempre una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados. Así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo “esto es, que éste está siendo ejecutado”, mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado “ya sea geográfico, o de clientes, o de cuotas de producción” mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, o cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular”; Sentencia N° 43, 7 de septiembre de 2006, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros, C 74-05. También Sentencia N° 57, 12 de julio de 2007, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, C 77-05.

⁴⁹ Sentencia N° 55, 21 de junio de 2007, Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A., C 94-06.

⁵⁰ Sentencia N° 55, 21 de junio de 2007, Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A., C 94-06.

por ejemplo la negativa de venta: “Cuarto: Que, en lo que respecta a la negativa de venta, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir de la fecha del rechazo a la solicitud de la demandante y, en lo que respecta a las demás conductas imputadas, a partir del momento en que la demandada hubiera puesto fin a la ejecución de dichas conductas, pues son actividades continuadas o de tracto sucesivo, que se verificaron o ejecutaron cada vez que Petróleos Transandinos (el demandado) las llevó a cabo”⁵¹;

c) *Confusión y aprovechamiento de reputación ajena en competencia desleal*

Se ha estimado que se está en presencia de una actividad continuada o de tracto sucesivo cuando la conducta de competencia desleal consiste en confusión y aprovechamiento de reputación ajena. Esta conducta comienza con la introducción del producto imitador al mercado y termina una vez que deja de beneficiarse de la fama del producto imitado, *“esto es, desde que es reconocido en el mercado como un producto distinto tanto en su imagen, como en su presentación y su denominación”*⁵². Esta fecha de término del beneficio marca el inicio del plazo de prescripción.

VII. CONCLUSIÓN

Como se ha visto la *“ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia”* puede tener una diversa extensión en el tiempo según la continuidad que se le dé a la serie de *“hechos, actos, o convenciones”* que la integren. Esta sucesión de actos que pueden componer un ilícito anticompetitivo no es de una fácil determinación *ex ante* sino que resulta revisión global *ex post* del asunto controvertido.

En esta revisión *ex post* Etcheberry da cuenta de un mayor margen de acción que puede tener el juez: *“En último término, como opina Mezger, queda siempre un margen librado al arbitrio del juez para apreciar la continuación. Beling cree que el delito continuado es un concepto de valor, que debe dejarse entregado a la ponderación judicial”*⁵³.

Como hemos visto la determinación del ámbito temporal de ejecución de la conducta no es tarea sencilla, lo que ha dado lugar a dispares criterios sobre la extensión de la conducta infraccional. Por ejemplo,

⁵¹ Sentencia N° 107, 7 de diciembre de 2010, C 185-09 - Demanda de Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda. contra Petróleos Transandinos S.A.

⁵² Sentencia N° 59, 9 de octubre de 2007, Demanda de Knop Ltda. contra Maver Ltda., considerando Sexto, C 109-06.

⁵³ Etcheberry, *op. cit.*, p. 113.

al resolver sobre una excepción de prescripción el Tribunal cortó –con motivo de verificarse el plazo de prescripción–⁵⁴ la relación existente en una serie de conductas vinculadas, las que posteriormente calificó como de unidad jurídica –al resolver en un juicio posterior una excepción de cosa juzgada–⁵⁵.

Al terminar, se puede decir que sin perjuicio de lo acertado o erróneo que puedan aparecer las decisiones emitidas por el Tribunal, no hay duda que la determinación del momento de ejecución de la conducta va a seguir presentando interrogantes sin que sea posible encontrar un único parámetro de solución *ex ante*. No podría ser de otra forma en juicios por conductas que mezclan con igual fuerza la ciencia económica y la ciencia jurídica.

⁵⁴ “Trigésimo séptimo. . . . [d]eberán acogerse parcialmente las excepciones de prescripción planteadas, esto es, sólo respecto de aquellos hechos de significación jurídica llevados a cabo o concluidos hasta dos años antes de la fecha de notificación del requerimiento a cada parte, . . .”;

Sentencia N° 85, 2 de julio de 2009, Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., C 79-05.

Posteriormente confirmado por la Corte Suprema:

“Primero: . . . En el caso de autos, lo que la sentencia impugnada ha declarado prescrito se refiere a contratos celebrados con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de notificación del requerimiento, en los períodos que se indican en el resolutivo quinto. Distinta es la situación de la sentencia de esta Corte, citada por la reclamante, en que se rechazó la prescripción porque la conducta atentatoria a la libre competencia se realizaba día a día y se mantenía en el tiempo, cada vez que un usuario requería los servicios de fletes entre el aeropuerto y las bodegas de la Empresa Portuaria y por ello se condenó a la requerida”.

Corte Suprema, Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. contra Aguas Nuevo Sur Maule S.A., Rol N° 5443-2009, 18 de mayo de 2010.

⁵⁵ “Decimoctavo: Que, no obstante lo anterior, tanto los hechos sancionados en la Sentencia N° 85/2009 como los denunciados en autos están estrechamente vinculados entre sí, pues constituyen, todos ellos, un conjunto de conductas equivalentes, ligadas por una estrecha relación de continuidad, por lo que pueden ser reunidas y consideradas como una unidad jurídica y, por ende, pueden considerarse como única infracción al D.L. N° 211;

Decimonoveno: Que, en efecto, la reunión de diversos actos de la empresa sanitaria Nuevosur S.A. en una unidad jurídica implica reputar como una única acción la suscripción de todos y cada uno de los contratos mediante los cuales abusó o habría abusado de su posición de dominio. Ello presupone considerar que la demandada mantuvo la resolución de abusar de su poder de mercado cada vez que se lo permitió un contexto de circunstancias esencialmente equivalentes”;

Resolución, 23 de diciembre de 2010, Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia S.A. contra Nuevosur S.A., C 212-10.

PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS SANITARIAS ANTE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

Licenciado en Derecho Universidad de los Andes

Alumno del Programa de Doctorado en Derecho

Universidad de los Andes

I. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA POTESTAD SANCIONADORA SANITARIA

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer e informar sobre la incipiente consolidación de una línea jurisprudencial que se ha generado en el Derecho administrativo sancionador sanitario, consistente en la aplicación uniforme de las reglas y principios del Derecho penal y el plazo de prescripción extintiva de seis meses de las faltas penales, tanto por los Tribunales Ordinarios de Justicia, por el Tribunal Constitucional y por la Contraloría General de la República. Dichos órganos han hecho una aplicación uniforme y reiterada de las normas penales sobre prescripción a las sanciones administrativas aplicadas por la Autoridad Sanitaria limitando el *ius puniendi* o derecho sancionador del Estado en un aspecto sustancial, como es la vigencia temporal de la potestad sancionadora.

Para comenzar, cabe hacer presente que cuando el legislador se refiere a la Autoridad Sanitaria, en dicho concepto se incluyen al Ministerio de Salud, a los Directores de los Servicios de Salud, al Instituto de Salud Pública y a las Secretarías Regionales Ministeriales del Ministerio de Salud. Estas últimas entidades, de conformidad con el artículo 14 letra c), de la Ley N° 19.937, de 24 de febrero de 2004, que estableció la nueva Autoridad Sanitaria, tienen todas las competencias que correspondan a los Servicios de Salud.

A su vez, el artículo 9°, letra a) del Código Sanitario establece que corresponde, especialmente, a los Servicios de Salud, sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio de Salud¹ y del Instituto de Salud Pública, velar

¹ El artículo 4° N° 3, del DFL N° 1, de 24 de abril de 2006, del Ministerio de Salud, establece que corresponde al Ministerio de Salud la fiscalización de las disposiciones contenidas en

por el cumplimiento de las disposiciones de ese cuerpo normativo y de los reglamentos que lo complementen y de sancionar a los que infrinjan sus prescripciones.

Específicamente, la potestad sancionadora de la Autoridad Sanitaria se encuentra regulada en el Libro X del Código Sanitario. Así, el artículo 174 del Código Sanitario, junto con reiterar las atribuciones de los Directores de los Servicios de Salud –en orden a sancionar las infracciones a sus preceptos y a los reglamentos sanitarios–, regula las penas que pueden aplicarse –previo sumario sanitario– a quienes incurran en conductas transgresoras de dicha normativa, sin hacer referencia a normas de prescripción extintiva que regulen la materia.

Las penas que puede aplicar la Autoridad Sanitaria van desde la multa –sanción general– que puede ser gradual desde un décimo de una U.T.M. hasta 1000 U.T.M., la cual es a beneficio del Servicio Nacional de Salud y cuyo pago puede ser sustituido por la Autoridad Sanitaria, de conformidad con el artículo 169 del Código Sanitario, por una pena de privación de libertad. Conjuntamente con la multa, la Autoridad Sanitaria puede aplicar otras sanciones como, la clausura de establecimientos, edificios, casas, locales, lugares de trabajo donde se cometiere la infracción, la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos, la paralización de obras, el comiso, destrucción y desnaturalización de productos.

No obstante lo anterior, en el último tiempo la potestad sancionadora sanitaria ha sufrido un cierto debilitamiento, en cuanto a su vigencia temporal, gracias a una jurisprudencia consistente de parte de la Contraloría General de la República, ratificada por los tribunales superiores de justicia. De este modo, se puede apreciar una línea continua tanto de dictámenes del ente contralor como de fallos de nuestras cortes que se pronuncian sobre la aplicación de los principios del Derecho penal a la potestad sancionadora administrativa sanitaria, y por ende, sobre la aplicación de las reglas de prescripción extintiva, su plazo de cómputo y las reglas sobre suspensión e interrupción de ella.

Por último, sin constituir el objeto del presente trabajo, es preciso señalar que el debilitamiento de la potestad sancionadora sanitaria, en su aspecto temporal (plazo de prescripción), ha sido complementado por la prohibición de acudir y/o utilizar ciertas herramientas normativas para obtener el pago de las multas aplicadas por la Autoridad Sanitaria. En este

el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda, en materias tales como higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, productos alimenticios, inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, laboratorios y farmacias. Dicha fiscalización o sanción será efectuada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, sin perjuicio de la competencia que la ley asigne a otros organismos.

sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que el antiguo privilegio fiscal denominado, *Solve et Repete*, esto es, paga y después reclama, adolece de severas inconstitucionalidades al punto de ser eliminado del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad². A su vez, el mismo tribunal, por otra parte, ha declarado inaplicable el privilegio o mejor dicho apremio con que cuenta la Autoridad Sanitaria para sustituir el no pago de una multa por la pena de prisión del infractor hasta hacerse del pago íntegro de dicha multa³.

II. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La prescripción extintiva para nuestro derecho constituye un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo determinados requisitos legales. En ese sentido, la prescripción que extingue las acciones o derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido aquéllas o éstos, tiempo que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, de conformidad con los artículos 2492 y 2514 del Código Civil.

Entre los requisitos que exige la ley para aplicar la prescripción extintiva, se han precisado los siguientes: (a) la inactividad del acreedor, requisito indispensable que se traduce en el silencio de la relación jurídica por parte del acreedor en el ejercicio de sus derechos o acciones; (b) el transcurso de los plazos contemplados en la ley, plazos que son de derecho estricto sólo pueden ser establecidos en virtud de una norma de rango legal, no pueden ser configurados por reglamento u otra norma de rango inferior⁴; (c) que la prescripción no se encuentre interrumpida, sea natural, sea civilmente; (d) que no haya operado suspensión a favor de determinadas personas que se contemplan en la ley; y (e) que no se encuentre renunciada la prescripción por el deudor una vez que se haya cumplido el término y los demás requisitos legales.

² Rol N° 1345, de 25 de mayo de 2009, mediante el cual el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 171 inciso primero parte final del Código Sanitario que exigía al infractor acompañar comprobante de pago de la multa para poder recurrir a los tribunales de justicia impugnando la resolución que aplicaba la multa, por constituir una barrera injustificada y carente de razonabilidad de acceso a la justicia. Previamente, el Tribunal Constitucional había emitido reiterados pronunciamientos declarando inaplicable dicho precepto, v. gr. Rol N° 792, Rol N° 1061, Rol N° 1046, Rol N° 1253, Rol N° 1262 y Rol N° 1279.

³ Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010, el cual declara inaplicable el artículo 169 del Código Sanitario, y califica como un apremio ilegítimo no permitido por la Constitución Política de la República la facultad que tiene la Autoridad Sanitaria de sustituir el no pago de una multa impuesta por una pena de prisión antes de que los tribunales de justicia resuelvan la materia, lo cual atenta contra un justo y racional procedimiento. (Cons. 35° y 36°).

⁴ CS, 3 de agosto de 1988, RDJ. t. 85, Sec. 5°, p. 138.

En el ámbito del derecho público, no existe una norma de carácter específica que establezca una regla general de prescripción para las acciones o derechos que ejercite el Estado o para aquéllas que los particulares reclamen de aquél⁵.

Por su parte, el Código Civil en el artículo 2497 dispone que las reglas relativas a la prescripción se aplicarán igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen libre administración de lo suyo. Dicho precepto constituye una regla de carácter general, de derecho común, que regula la prescripción de los derechos y acciones del Estado ante la ausencia de una normativa especial que prescriba lo contrario⁶.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que la prescripción opera toda vez que haya un derecho que no se ejercita durante el plazo fijado por la ley, cualquiera que sea la naturaleza de ese derecho, ya esté regido por el Código Civil, ya por el Código Procesal o ya por el derecho público o administrativo⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción en el derecho público en general, y en el derecho administrativo en particular, no encuentra una configuración sistemática y orgánica, existiendo normas jurídicas, jurisprudencia y doctrinas contradictorias, todo dependiendo siempre de la cuestión o materia que se analice. De este modo, cabe destacar la regulación de la prescripción de la acción de nulidad de derecho público⁸, de la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado⁹,

⁵ Cfr., Camacho, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 216.

⁶ Cfr., Soto Kloss, Eduardo, "Prescripción Extintiva de Derechos de los Administrados y Cumplimiento de Obligaciones Legales Impuestas a la Administración", en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 11, N° 2-3, 1984, p. 506. Dicho autor denuncia el hecho que la Administración no dicte un acto administrativo para dar cumplimiento a una ley que ha establecido un determinado beneficio –derecho subjetivo público– en favor de un administrado, y después cuando el particular reclama y exige dicho derecho a la Administración, ésta invoca la prescripción en su favor, constituyendo dicha práctica un atentado en contra de sus actos propios.

⁷ CS, 17 de junio de 1991, RDJ, t. 40, Sec. 1°, p. 48. CS, 28 de enero de 1985, F. del M. N° 316, p. 56.

⁸ La Administración del Estado ha reclamado la aplicación de las reglas de prescripción del Código Civil a fin de dar certeza a las relaciones jurídicas. En este sentido, en materia de nulidad de derecho público destacan "*Aedo Alarcón con Fisco*", CS, 27 de noviembre de 2000, Rol N° 852-2000. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que, "*De lo antedicho, se colige que la relación de necesaria interdependencia entre la acción de nulidad de derecho público y las acciones de naturaleza patrimonial que persiguen la restitución de los dineros, aun cuando tengan un antecedente común, no obsta a que se encuentren sometidas a estatutos jurídicos diferentes, por cuanto la primera se rige por normas de derecho público y la segunda por las reglas del derecho común, de manera que la acción de nulidad de derecho público resulta ser imprescriptible y, en cambio, las de orden patrimonial se ven afectadas y pueden extinguirse por prescripción*". (CS, 23 de junio de 2008, Rol N° 2068-2008, LexisNexis N° 39205).

⁹ Vid., "*Domic con Fisco*", CS., 15 de mayo de 2002, Rol N° 4.753-01, que se pronuncia sobre la aplicación del artículo 2497 del Código Civil a la acción para perseguir la responsabilidad

de la acción persecutoria de las infracciones administrativas, y de las sanciones administrativas propiamente tales.

Dicha disparidad de criterios se debe principalmente: (i) al escueto análisis y estudio dogmático sobre la prescripción en el Derecho administrativo, atendido que su estudio discurre sólo a nivel de la aplicación de normas de otras disciplinas jurídicas, tales como el Derecho civil y el Derecho penal, y (ii) a la densidad normativa del área del derecho público donde se quiere aplicar la institución de la prescripción, la ausencia de reglas especiales de prescripción en aquélla, y muchas veces, a la confusión de la prescripción con otras figuras jurídicas análogas, como la caducidad o decaimiento de los efectos del acto administrativo sancionador.

Ante tal escenario, ha sido el Derecho administrativo sancionador donde la prescripción extintiva ha adquirido una importancia sustancial, dando lugar a determinados principios, líneas de interpretación o tendencias sobre la materia, debido a los pronunciamientos tanto de la Contraloría General de la República como de los tribunales de justicia, configurando verdaderos precedentes administrativos que nuestros tribunales han seguido en forma más o menos uniforme y continua.

Sobre el particular, cabe recordar que antes de la dictación de la Ley N° 19.506 publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 1997, los artículos 200 y 201 del Código Tributario no regulaban ninguna disposición relativa a la prescripción de las multas, por ello sólo cabía aplicar las normas del derecho común, en especial el artículo 94 del Código Penal, que establece que las faltas prescriben en el plazo de seis meses, utilizando como argumento la identidad cualitativa entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, ambas como manifestaciones del *ius puniendi* estatal. Dicho panorama, hoy ha cambiado gracias al influjo de la jurisprudencia previa sobre la materia, regulando el legislador plazos específicos de prescripción de las infracciones y sanciones en materia tributaria¹⁰.

III. ALGUNAS NOTAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Fuertes discusiones ha generado la presencia de un poder sancionatorio en manos de la Administración del Estado, su vinculación y ajuste con la

patrimonial del Estado, y por ende, del artículo 2332 del mismo código que regula el plazo de prescripción extintiva de la acción para perseguir la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil.

¹⁰ CA. de Talca, 8 de agosto de 2000, Rol N° 52346-1996, LexisNexis N° 21994. CA. de Rancagua, 5 de junio de 2001, Rol N° 17204. Vid., Ugalde, Rodrigo y García, Jaime, *La Prescripción en Materia Tributaria*, Legal Publishing, 2ª edic., Santiago, 2009, pp. 11-44.

Constitución Política de la República¹¹ y como consecuencia de ello, la definición de los límites formales y sustanciales de dicha potestad.

Un sector de la doctrina reconoce la utilidad del poder sancionatorio de la Administración, señalando que constituye un mecanismo para dar eficacia al contenido de los actos administrativos, generalmente, de los actos administrativos dictados en el ejercicio de la potestad fiscalizadora, convirtiendo dicha potestad en una herramienta importante para el cumplimiento del interés público¹².

Otro sector cuestiona categóricamente la constitucionalidad de la potestad sancionadora, por cuanto su existencia trasgrede la normal repartición de competencias constitucionales entre los órganos del Estado, arrogándole competencias propias y exclusivas del Poder Judicial a la Administración del Estado, generándose, en algunos casos, una verdadera concentración de poder en manos de determinados organismos de la Administración, particularmente organismos fiscalizadores, que contarían con potestades de fiscalización, y por ende, de interpretación normativa¹³, potestades de producción normativa, potestades de juzgamiento, y por último, potestades de sancionar por sí y ante sí las conductas previamente fiscalizadas¹⁴.

En el presente trabajo, daremos por supuesto que el Estado Administrador cuenta con potestades sancionadoras conferidas previa, expresa y específicamente por el legislador, siendo una materia de reserva legal. Por lo tanto, sólo analizaremos el aspecto temporal del ejercicio de la potestad sancionadora, y si su contenido y efectos son alcanzados por la institución de la prescripción. Una vez resuelto el problema de la aplicación de la prescripción al poder sancionador de la Administración,

¹¹ Sobre el particular, ver la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional sobre la materia, manifestada en el dictamen N° 14.571 de 2005, y en los fallos Rol 244 de 26 de agosto de 1996, considerando 9°, Rol 480 de 27 de julio de 2006 considerando 5° y Rol 479 de 8 de agosto de 2006, considerando 8°, respectivamente.

¹² Cfr., Pierry, Pedro, "Sanciones Administrativas. Análisis a la luz de las Garantías Constitucionales", en *La Semana Jurídica* N° 208, 2005, p. 12. En el mismo sentido, Bermúdez Soto, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp. 323-334.

¹³ Vid., Flores Rivas, Juan Carlos, "Límites Constitucionales de las Facultades Interpretativas de Los Organismos de la Administración", en *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 69, t. II, 2007, p. 60.

¹⁴ Cfr., Soto Kloss, Eduardo, "Sanciones Administrativas: ¿camino de servidumbre?", en *Gaceta Jurídica* N° 296, 2005, pp. 76-88. Vid., en el mismo sentido, Soto Kloss señala que existe una verdadera "<<concentración del poder de la Administración>>, puesto que hoy ella legisla, a través de reglamentos, instrucciones, circulares y dictámenes; ejerce actividad administrativa a través de la fiscalización de la actividad de los privados, y más encima deciden/juzgan su ilicitud, sancionando si la estiman contraria a la ley o a los reglamentos, instrucciones, circulares o dictámenes dictados por la misma Administración y sin debido procedimiento, racional y justo alguno". Soto Kloss, Eduardo, "¿Es tan 'delgada' la línea que separa 'fiscalizar' de 'juzgar'?", en *Gaceta Jurídica* N° 331, 2007, p. 35.

trataremos de definir e identificar cuál o cuáles estatutos normativos de prescripción les son aplicables a las sanciones administrativas¹⁵.

Conviene señalar que, respecto de las sanciones administrativas no existen normas claras de prescripción, por lo cual el Fisco, por un lado y los organismos descentralizados o personificados por otro, han llegado a afirmar, en algunas oportunidades, que aquéllas son imprescriptibles¹⁶, prescindiendo de aplicar las reglas de prescripción de otras disciplinas jurídicas, sea por analogía, sea en forma supletoria.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional desde la sentencia que se pronunció sobre la modificación de la Ley de Caza, Rol N° 244, de 24 de agosto de 1996 ha venido señalando que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal conforman una unidad, atendido que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado¹⁷, siendo en consecuencia aplicables al Derecho administrativo sancionador las reglas y principios jurídicos del ordenamiento penal, entre ellas las reglas de prescripción extintiva. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló que: “(...) los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador; puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”. (Cons. 9°).

Dicho fallo fue ratificado posteriormente por las sentencias Rol N° 479, de 8 de agosto de 2006 y Rol N° 480, de 23 de julio de 2006, respectivamente, las cuales establecieron que: “(...) el estatuto constitucional del derecho penal debe aplicarse al derecho administrativo sancionador con ‘matices’,

¹⁵ La doctrina más autorizada ha reconocido la aplicación del Derecho penal al orden contravencional básicamente por la unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho. Al respecto afirma Cassagne que: “Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere a favor del administrado”. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 7ª edic., Buenos Aires, 2002, T. II, p. 447.

¹⁶ Vid., “Compañía Eléctrica del Litoral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles” CS, 22 de marzo de 2001, Rol N° 874-2001, LexisNexis N° 18336. En el mismo sentido, “Emec con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, 18 de abril de 2001, RDJ, t. 98, Sec. 7°, pp. 82-88.

¹⁷ Un análisis de la unidad punitiva entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, o entre las sanciones que puede imponer la Administración y aquellas que nacen del ejercicio del poder de los tribunales de justicia se encuentra en Nieto García. Dicho autor, critica la teoría de la unidad del poder punitivo del Estado y también la teoría que radica la potestad sancionadora dentro del marco de la actividad de policía de la Administración. Nieto propone una explicación alternativa señalando que: “(...) la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión (...) concebida la potestad sancionadora de la Administración como una potestad aneja a la potestad de regular y de ejecutar la actuación pública en determinadas materias, (...) aunque, eso sí, sin desvincularse de las reglas constitucionales y penales, de las que no podría separarse para no romper la coherencia de la acción pública, pero sin llegar, por ello, a ser una emanación o simple manifestación del *ius puniendi* del Estado ni mucho menos, de las potestades penales”. Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 86.

‘adaptaciones’, ‘flexibilidades’, aplicando iguales principios, ‘pero no de la misma manera’, ‘minorado’ o ‘con menor exigencia’ que en el derecho penal’. (Rol N° 479).

Por su parte, la Contraloría General de la República ha sido enfática en afirmar la unidad del poder sancionatorio estatal, sea que se manifieste en normas de Derecho penal, en preceptos administrativos o en normas disciplinarias internas señalando que: *“(...) en aquellos casos en que no exista un texto legal claro e inequívoco, procede aplicar por analogía instituciones correspondientes a otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, de manera que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que se confirma en temas tales como la irretroactividad de las normas sancionadoras, conforme al cual sólo pueden aplicarse aquellas sanciones vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos que esta tenga asignada una sanción menor acorde con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar la sanción más benigna o favorable al funcionario aun cuando haya sido establecida con posterioridad; el principio non bis in idem; la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones; y el principio pro reo, entre otras materias”*¹⁸.

De este modo, en materia de Derecho administrativo sancionador tanto el Tribunal Constitucional, como la Contraloría General de la República están contestes que cualquier distinción que pudiere hacerse entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal obedece, exclusivamente, a un criterio cuantitativo, puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducida, que por razones de conveniencia y de política legislativa se le ha encargado a la Administración, en lugar de los tribunales de justicia¹⁹.

Cabe hacer presente, que en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios jurídicos que limitan la potestad sancionadora de la Administración del Estado, admitiendo el legislador un mayor grado de flexibilidad. Sin embargo, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de los principios del orden penal,

¹⁸ D. 14.571/2005. Con mayor profundidad, el ente contralor en el dictamen N° 28.226, 22 de junio de 2007, señala que al momento de hacer analogía en materia de derecho público se debe analizar el contenido de las normas, por lo tanto sólo se deben interpretar restrictivamente *“(...) aquellas que se refieran a las atribuciones de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, o limiten las potestades estatales, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República (...) es indudable que tales reglas también se deben aplicar en aquellos ámbitos sectoriales en los que el silencio o las omisiones del legislador no las han considerado”*.

¹⁹ Vid., Alcalde Rodríguez, Enrique, “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa” en *La Primacía de la Persona Humana, Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, (Coordinadores) Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay, Abeledo Perrot, Santiago, 2009, pp. 795-808.

puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que sí se le reconocen al delincuente, o que, el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador, v. gr., límites temporales para el ejercicio de la acción penal por la aplicación de la prescripción.

De conformidad con lo antes expuesto, estimamos inadecuado buscar en las normas civiles herramientas jurídicas para aplicarlas al Derecho administrativo sancionador, por la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y por la diferencia en cuanto al régimen de garantías entre ambas disciplinas jurídicas. En efecto, las normas civiles no regulan las garantías mínimas sustanciales ni formales que requiere el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa para no incurrir en arbitrariedad e injusticias con los administrados.

En este sentido, las reglas de prescripción del Código Civil no resultan aplicables al Derecho administrativo sancionador, por la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas que constituyen actos administrativos unilaterales de gravamen que no encuentran un símil en el orden civil, generándose eventuales consecuencias totalmente contrapuestas entre una disciplina y otra²⁰.

Por otro lado, la potestad sancionadora de la Administración, considerada como una parte de la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia, requiere estar sujeta a plazos breves para su ejercicio, a fin de dar seguridad jurídica a los particulares y en consecuencia garantizar la posibilidad de impugnar y controlar, oportunamente, el contenido de los actos emanados del ejercicio de dicha potestad por los tribunales ordinarios de justicia.

En este sentido, acudir a los plazos de prescripción del Derecho civil, generalmente extensos (5 o 10 años) implicaría que la Administración dispusiera de un plazo libérrimo para fiscalizar y sancionar eventuales infracciones normativas, generando incerteza jurídica e impidiendo el ejercicio de la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia²¹.

²⁰ Sobre el particular, señala Aróstica que conviene recurrir a los principios de carácter penal a fin de aplicarlos al Derecho administrativo sancionador tanto para excluir la incertidumbre que generaría una indebida posibilidad persecutoria de las infracciones, cuanto porque no cabe dispensar al infractor o administrado un trato más gravoso e injusto que el que se ofrece al delincuente o criminal. Estos motivos inducen a entender inherente a la norma administrativa sancionadora la figura estabilizadora de la prescripción, si la ley nada dice acerca de la prescripción, ese silencio en ningún caso puede entenderse como una expresión de rechazo, puesto que esto último habría requerido una mención explícita del legislador, atendido que los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse por regla general al derecho administrativo sancionador. Cfr., Aróstica Maldonado, Iván, "Sanciones Administrativas y Prescripción", en AA.VV., *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, p. 123.

²¹ Parte de la doctrina ha postulado prescindir del Derecho penal, para buscar las reglas de prescripción de las sanciones administrativas, recurriendo a otras áreas del Derecho administrativo sancionador, como el Derecho administrativo sancionador disciplinario, el Derecho administrativo sancionatorio tributario, o en su defecto, al Derecho administrativo

IV. PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS SANITARIAS

1. JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Desde hace bastante tiempo, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha reconocido la aplicación –por analogía y ante falta de texto expreso– de ciertas reglas y principios propios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, en temas tales como la irretroactividad de las normas punitivas que proscriben la aplicación de normas sancionatorias a hechos acaecidos con anterioridad a la dictación de la norma penal, salvo en cuanto beneficie al infractor²², el principio *no bis in ídem* o prohibición de doble sanción por los mismos hechos²³, el principio *pro reo*, como una manifestación de la presunción constitucional de inocencia²⁴.

En este sentido, es menester destacar el dictamen N° 14.571, de 22 de marzo de 2005, mediante el cual la Contraloría estableció, como regla general, la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador ante la falta de texto legal claro e inequívoco en contrario, a fin de garantizar la certeza jurídica y prevenir discriminaciones arbitrarias por parte de las autoridades estatales.

En segundo lugar, mencionamos el dictamen N° 28.226, de 22 de junio de 2007, cuya importancia radica en que, analiza la potestad sancionadora sanitaria y deja sin efecto la jurisprudencia anterior que negaba la aplicación de las reglas del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador sanitario²⁵. Este pronunciamiento toma como referencia el dictamen N° 14.571/2005, y señala que resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes de otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, por lo tanto la pretendida falta de norma expresa que regule la prescripción respecto de las sanciones sanitarias se desvirtúa, pues serían aplicables las reglas del Derecho penal

general, y en última instancia a las reglas del Derecho penal, como un ordenamiento de segundo orden. Cfr., Nieto, A., ob.cit., N° 17, p. 407. En el mismo sentido, Román Cordero, Cristián, “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, 2009, p. 198.

²² D. 3.858/2001; D. 6.926/2001; D. 38.075/2002.

²³ D. 41.736/2004.

²⁴ D. 20.991/1984.

²⁵ La jurisprudencia que el dictamen N° 28.226/2007, dejó sin efecto se encontraba planteada en el dictamen N° 35.991/1982. Este dictamen disponía que “(...) la prescripción no es aplicable respecto de multas que apliquen servicio agrícola y ganadero o servicios de salud por infracción a leyes cuya fiscalización y control competen a esos organismos, por cuanto no existe disposición alguna ni en la Ley N° 16.640 art/236 sgte., o en Ley N° 17.105 lib/i sobre alcoholes, como tampoco en Código Sanitario, que permita al infractor oponer ante las autoridades administrativas la excepción de prescripción liberándose así del pago e impidiendo que se adopten las medidas de apremio que esa misma legislación contempla”. En la misma línea puede verse el dictamen N° 27.244, de 27 de agosto de 1982.

común, atendido que no corresponde que una omisión del legislador termine por afectar los derechos y libertades de los supuestos infractores.

La Contraloría General de la República acude a las normas constitucionales y a los principios básicos del derecho para justificar la exclusión de los preceptos del Código Civil a la regulación de las sanciones administrativas. En efecto, ente contralor invoca el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*, lo cual se verifica no sólo en las reglas de ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de normas expresas que regulen la extinción, la prescripción o la caducidad de los derechos y acciones.

Por otro lado, la Contraloría, en el mismo dictamen trae a colación el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que prohíbe establecer diferencias arbitrarias y proscribe la existencia de personas o grupos privilegiados, por lo tanto, en materia de prescripción, la Contraloría estima que se incurriría en una discriminación arbitraria al omitir la extensión de las reglas del Derecho penal al infractor administrativo, por cuanto la protección legal de los derechos sólo alcanzaría a los imputados por delitos y no a los administrados, careciendo de coherencia con el texto constitucional.

En cuanto al plazo de prescripción de las sanciones administrativas, la Contraloría estima que éste no puede ser otro que el de seis meses aplicable a las faltas, señalado en el artículo 97 del Código Penal ya que no es posible asimilar las infracciones administrativas a crímenes o simples delitos ni mucho menos acudir a las normas civiles de prescripción.

A mayor abundamiento, el ente contralor estima que en este contexto, la Administración se encuentra obligada a declarar de oficio la prescripción de las infracciones o de las sanciones administrativas, aun cuando el infractor no la haya alegado, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal. Al respecto, la Contraloría ha señalado que: *“(...) cabe concluir que los organismos de la Administración no sólo pueden, sino que deben declarar de oficio la prescripción de la acción disciplinaria, dictando al efecto el acto administrativo que corresponda, en todos aquellos casos en que de los antecedentes del procedimiento sumarial aparezca que ha transcurrido el plazo señalado por la ley para hacer efectiva la responsabilidad administrativa sin que el funcionario haya sido sancionado”*²⁶.

En este contexto, podemos señalar que la discusión sobre la aplicación de las reglas del Código Penal a las potestades sancionadoras de la Administración del Estado ha quedado zanjada mediante el dictamen N° 62.188, de 9 de noviembre de 2009²⁷, el cual tiene la virtud de dejar

²⁶ D. 34.407/08. En el mismo sentido, el dictamen N° 29.603/09 y el dictamen N° 24.094/010.

²⁷ Ratificado posteriormente por los siguientes dictámenes; D. 65.616, de 2009; D. 29.637 y D. 33.854, de 2010; D. 64.014, de 2010.

sin efecto la jurisprudencia anterior sobre la materia, ratificando la existencia de una identidad sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

Sobre el particular, la Contraloría señaló que podían extenderse las normas del Código Penal, sobre prescripción de las faltas a aquellas materias que guarden la misma naturaleza punitiva, afirmando que los artículos 94 y 97 del Código Penal, que regulan la prescripción de las faltas participen de la misma naturaleza con las normas administrativas sancionadoras en materia sanitaria, impidiendo que la Administración, acuda nuevamente al argumento de entender que las acciones y las sanciones en materia sanitaria son imprescriptibles por la ausencia de norma expresa en contrario.

Como se puede apreciar, los dictámenes antes singularizados que aplican la prescripción de seis meses a la potestad sancionadora sanitaria²⁸ revisten la naturaleza de verdaderos precedentes administrativos, que vinculan en forma directa e inmediata a los asesores jurídicos de la Administración del Estado y que son fuente de jurisprudencia administrativa²⁹, que obliga a todas las entidades públicas bajo la supervigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, y que por lo tanto, la Autoridad Sanitaria no podría desconocer dichos pronunciamientos.

2. JURISPRUDENCIA JUDICIAL

La Contraloría General de la República ha planteado que, de conformidad con el artículo 3° del Código Civil, las sentencias judiciales tienen fuerza obligatoria sólo en las causas en que actualmente se pronunciaren³⁰, y que la fuerza vinculante de los fallos no se extiende a terceros ni pasan a constituir una regla de derecho obligatoria para la Administración, como sí lo son los dictámenes de la Contraloría General de la República en calidad de jurisprudencia administrativa.

²⁸ Posteriormente, la Contraloría General de la República ha extendido la aplicación de las reglas de prescripción del Código Penal a otras áreas del Derecho administrativo sancionador, como por ejemplo en materia educacional. Vid., D. 24.630/011; D. 37.325/010; D. 24.094/010; D. 49.968/08.

²⁹ Consideramos que la línea jurisprudencial establecida por la Contraloría General de la República constituye un verdadero precedente que ha modificado y sustituido los dictámenes anteriores. Al respecto, la Contraloría ha establecido dos precedentes: 1) En primer lugar, la aplicación de las reglas y principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador (D. 14.571, de 2005). 2) En segundo lugar, la aplicación de la prescripción de seis meses establecida en el artículo 94 del Código Penal para las multas administrativas. Sobre el precedente en el derecho administrativo, ver: 1) Céspedes, Rodrigo, "La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 1, 2001, pp. 149-159, especialmente, p. 151. 2) Soto Kloss, Eduardo, "Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N° 2, 1999, pp. 399-403.

³⁰ D. 70.003/1977; D. 1.858/1980; D. 20.034/1992; D. 5.109/1993; D. 5.061/1998; D. 47.737/2000; D. 14.571/2005, y D. 34.319/2007.

Dicha aseveración no deja de ser una apreciación formalista que no guarda relación con las tendencias legales de unificación de jurisprudencia judicial (art. 780 del Código de Procedimiento Civil, art. 483 del Código del Trabajo), y que no se condice con la transversal jurisprudencia que se ha producido en materia de sanciones administrativas sanitarias entre los dictámenes de la Contraloría y los fallos de los tribunales de justicia, en cuanto a la aplicación de las reglas de prescripción del Código Penal para el ejercicio de la potestad sancionadora sanitaria.

De este modo, en el último tiempo, los tribunales superiores de justicia –en materia de sanciones sanitarias– han seguido en forma más o menos uniforme los dictámenes de la Contraloría General de la República, dando inicio a una línea jurisprudencial marcada, que se suma a aquella jurisprudencia que sustentaba la aplicación de las reglas de prescripción del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador tributario³¹.

Podemos afirmar que en materia sanitaria existe una línea jurisprudencial en vías de consolidación, que admite la aplicación de la regla de prescripción de seis meses del Código Penal, atendida la ausencia de una norma distinta en contrario, con la finalidad de dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración.

Ratifican lo antes expuesto algunos pronunciamientos judiciales que se traen a colación.

En primer lugar, la Corte Suprema en el caso, *“Weinstein Manieu, Alejandro con Instituto de Salud Pública ISP”*³², señaló que las infracciones y sanciones administrativas deben someterse a los efectos jurídicos de la prescripción y lo que cabe es determinar la extensión de tiempo que posee la Administración para ejercer dichas potestades. Al respecto, la Corte Suprema estima que: *“La aplicación del artículo 2497 del Código Civil no corresponde, puesto que dada su ubicación en el Libro Cuarto que regula las obligaciones en general y los contratos, hace referencia a las obligaciones que se originan en las fuentes señaladas por el artículo 1437, que esencialmente pertenecen al derecho privado o común, (-) Ahora, cabe indicar que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común, a saber, el ius puniendi del Estado, lo que tiene como consecuencia la posibilidad de aplicar de manera supletoria en la esfera de las sanciones administrativas, principios propios del Derecho*

³¹ En materia tributaria nuestros tribunales han venido señalando que las normas del Código Penal son aplicables a las sanciones administrativas. Sobre el particular ver: 1). CA. de Talca, 8 de agosto de 2000, Rol N° 52346-1996, LexisNexis N° 21994, que aplica el plazo de prescripción de seis meses del artículo 94 del Código Penal por no existir crimen ni simple delito. 2). CA. de Rancagua, 5 de junio de 2001, Rol N° 17204, que aplica por analogía las normas de Código Penal; 3). CA. Sgto., 28 de agosto de 2000, RDJ. t. 97, Sec. 7°, p. 173. 4). CS, 29 de octubre de 2001, Rol N° 3398-2000. LexisNexis N° 22960. 5). CS, 20 de marzo de 2000, Rol N° 3315-1999, LexisNexis N° 16608.

³² CS, 11 de mayo de 2010, Rol N° 4627-2008. Legal Publishing N° 43783.

Penal, (.-) Es por esto que ante la ausencia de una regla específica, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses, el mismo que el código punitivo señala para las faltas, (...)”.

En consecuencia, y ante la ausencia de normas específicas, la Corte Suprema señala que son plenamente aplicables las reglas de prescripción del Código Penal, y que dichas sanciones deben prescribir en el plazo de seis meses, el mismo plazo que el código punitivo señala para las faltas³³, plazo que se cuenta desde la comisión de la infracción administrativa.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *“Instituto de Salud Pública con Laboratorios Recalcine S.A.”*³⁴, señaló que las sanciones contempladas en materia sanitaria son normas que sancionan infracciones a dicha normativa, que no revisten el carácter de delito, y que por tratarse de penas pecuniarias sin que exista una norma supletoria que regule el tiempo de prescripción de esas sanciones hay que recurrir a las normas del derecho común, o sea, a las reglas del Código Penal. Al respecto, señala la Corte de Apelaciones, que: *“(...) siempre que se persiga el castigo de una falta sea esta de la naturaleza que sea, el plazo de prescripción debe ser de seis meses contemplados en el código punitivo en los artículos 97 y 98, porque carecería de toda lógica que una falta penal prescriba en dicho plazo y una administrativa prescriba en un plazo mayor, como por ejemplo de cinco años”*³⁵.

3. ENSAYO DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Una vez analizada la jurisprudencia antes singularizada, se puede observar, que tanto la Contraloría General de la República como nuestros tribunales

³³ Sin embargo, no se muestra el mismo tratamiento normativo ni jurisprudencial en materia sancionatoria eléctrica, atendido que la Corte Suprema no acude al Código Penal para fundar el plazo de prescripción, sino a las normas de Código Civil. Así, la Corte Suprema señala que, *“(...) en el ámbito administrativo, no corresponde aplicar el plazo de prescripción de seis meses que para las faltas dispone el artículo 94 del Código Penal; es decir, no muda su naturaleza administrativa la sanción pecuniaria que se aplica por el ente fiscalizador, es decir, no adquiere carácter penal. La sanción administrativa es independiente de aquella penal precisamente pues presentan características especiales (.-) el defecto normativo de omisión de un plazo razonable y prudente de prescripción en la ley citada, necesariamente, mueve a encaminar la solución a la normativa general de la prescripción extintiva de cinco años que refiere el artículo 2515 del Código Civil, aplicación que no tiene carácter supletorio, sino que se arriba sobre la base del artículo 2497 del igual Código, en cuanto las reglas de prescripción se aplican por igual, a favor o en contra, a las instituciones del Estado y otras, como también a los individuos particulares que dispongan libremente de lo suyo”*. Vid., *“Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”*. CS, 5 de enero de 2010, Rol 855-2009. Legal Publishing N° 43252. En el mismo sentido, *“Empresa eléctrica de Aisén S.A., con Dirección Regional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”*, CS, 15 de octubre de 2009, Rol N° 5702-2009. *“Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible”*, CS, 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-2009.

³⁴ C.A. Sgto., 17 de abril de 2009, Rol N° 9654-2004. Legal Publishing N° 41966.

³⁵ En el mismo sentido, la Corte Suprema en el fallo *“Weinstein Manieu, Alejandro Esteban con Salinas Ríos, Rodrigo, Director Isp”*. CS, 17 de abril de 2009, Rol N° 9654-2004. GJ N° 346, 2009, p. 75.

superiores de justicia están contestes en que las reglas de prescripción establecidas en el Código Penal, en los artículos 94 y siguientes, son plenamente aplicables a la potestad sancionadora estatal prevista en el Código Sanitario en los artículos 161 y siguientes³⁶.

En efecto, la Corte Suprema ha utilizado fundamentos similares a los planteados por la Contraloría General de la República para hacer aplicables las reglas de prescripción del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador sanitario. Reglas que sintetizamos a vía ilustrativa:

a) En primer lugar, se puede afirmar que la Contraloría General de la República, como los tribunales de justicia están contestes que el Derecho administrativo sancionador, y por ende, las sanciones administrativas son una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que se diferencia en términos cuantitativos del Derecho penal y no en aspectos sustantivos o cualitativos.

b) En segundo lugar, que al Derecho administrativo sancionador por ser una manifestación del *ius puniendi* estatal, le son aplicables supletoriamente, y ante la falta de texto legal en contrario, las mismas reglas y principios –con matices– que al Derecho penal. Entre las reglas del Derecho penal se encuentra aquella que se relaciona con la vigencia temporal de la potestad sancionadora del Estado, es decir, aquella regla de prescripción que regula el ejercicio temporal de *ius puniendi* estatal, con la finalidad de dar certeza y estabilidad a las situaciones jurídicas.

c) En tercer lugar, que no existiendo texto legal en contrario, la potestad sancionadora administrativa se encuentra sujeta a las reglas de prescripción del Código Penal aplicables a las faltas, siendo en consecuencia, el plazo de prescripción de las sanciones administrativas de seis meses contados desde la comisión de la infracción.

Por último, conviene hacer presente que tanto la Contraloría como nuestros tribunales de justicia han seguido una tendencia similar a la analizada en el área de las telecomunicaciones³⁷ en cuanto se ha restringido la eficacia

³⁶ En el mismo sentido, la Corte Suprema señala que, “(...) la prescripción está referida a las sanciones sanitarias de aquellas contempladas en el artículo 174 del Código Sanitario y que son castigadas con multas lo cual prescribe de acuerdo a las faltas en el plazo de seis meses para exigir el pago de las mismas (...)”. “Empresa de Servicios Aseos y Roces Mecanizados Limita o Servimar Ltda. con Seremi de Salud de la Octava Región”, CS, 25 de mayo de 2009, Rol N° 2842-2009, Legal Publishing N° 42057.

³⁷ Respecto de las sanciones aplicadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, su plazo de prescripción es aquel que contempla el artículo 94 del Código Penal para las faltas, esto es, seis meses que se computan desde el día en que se hubiere cometido la infracción, la que se produce cuando no se da cumplimiento a lo ordenado en la resolución recaída en el procedimiento de reclamo. “Smartcom S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”. C.A., Stgo., 21 de agosto de 2008 Rol N° 1719-2008. Legal Publishing N° 39761. En el mismo sentido, “(...) no cabe otorgarle a estas infracciones el carácter de faltas permanentes o de ilícitos administrativos permanentes, tanto porque la ley no lo ha consagrado así, como porque ello importaría atribuirle a las faltas que estuvieren en esa situación la condición de imprescriptibles”. “Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.

temporal del poder sancionatorio de la Subsecretaría de Telecomunicaciones aplicando la prescripción de seis meses del Código Penal, recurriendo a los mismos fundamentos que en materia sanitaria y también en materia de sanciones administrativas aplicadas por las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación en el marco del procedimiento administrativo sancionador de subvenciones³⁸, lo cual obligó, en este último caso, a que el legislador regulara expresamente los plazos de prescripción³⁹. Cuestión que eventualmente sucederá pronto en materia sanitaria.

V. CONCLUSIONES

Como conclusión primera y principal podemos señalar que las normas del Derecho penal son plenamente aplicables al Derecho administrativo sancionador en general, y al derecho administrativo sancionador sanitario en especial, por constituir manifestaciones del *ius puniendi* estatal, lo cual es sustentado por la doctrina especializada y ratificado por la jurisprudencia administrativa y judicial.

Como segunda conclusión, podemos señalar que tanto la jurisprudencia de la Contraloría General de la República como la de los tribunales de justicia concuerdan en que las sanciones administrativas sanitarias no se encuentran sujetas a un plazo especial de prescripción. En consecuencia, resulta plenamente aplicable el plazo de prescripción de seis meses previsto en el artículo 94 del Código Penal al regular las faltas penales, a fin de dar certeza, estabilidad e igualdad en el tratamiento entre el infractor administrativo y el delincuente penal.

Por último, podemos afirmar que en materia sanitaria se ha producido el nacimiento de una incipiente línea jurisprudencial que se suma a otras líneas jurisprudenciales consolidadas en materia de prescripción de sanciones administrativas, que incluso han arribado a cambios legislativos, como en materia tributaria o educacional.

con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones". C.A., Stgo., 10 de septiembre de 2010. Rol N° 1.350.2.010. Legal Publishing N° 46077.

³⁸ D. 31.766/011, el Órgano Contralor señala que en "(...) la especie el plazo de prescripción de la acción previsto para las faltas en el artículo 94 del Código Penal, tal como ha sido precisado por la jurisprudencia emitida sobre el particular por este Organismo de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 62.188, de 2009; 24.094, de 2010 y 24.630, de 2011. En consecuencia, y comoquiera que la mencionada Secretaría Regional Ministerial ha informado que, en acatamiento de dicha jurisprudencia, sobreseerá al ocurrente, no corresponde emitir un pronunciamiento en la especie, sin perjuicio de que esa autoridad dé cuenta a este Organismo Fiscalizador acerca del término del procedimiento sancionatorio ya referido". En la misma línea, D. 24.630/011; D. 37.325/010; D. 24.094/010; D. 49.968/08.

³⁹ Artículo 86, de la Ley N° 20.529, de 27 de agosto de 2011, que establece el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, que dispone, "*La Superintendencia no podrá aplicar ningún tipo de sanción luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho*".

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA LABORAL EN CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

JAIME VARELA CHARME

Business Law, University of Toronto

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad de los Andes

I. OBJETO DE ESTE TRABAJO

La prescripción extintiva en materia laboral –como un modo de extinguir las obligaciones– ha dado origen a diferentes interpretaciones referentes al sentido y alcance del artículo 510 del Código del Trabajo (en adelante CT).

El presente trabajo pretende esquematizar y exponer de modo general las opiniones jurisprudenciales relativas al sentido y alcance que debe dársele al artículo 510 del Código del Trabajo, en lo que a los plazos de prescripción de las acciones se refiere. De igual modo, se presentan las diferentes interpretaciones que los Tribunales han dado a la forma como deben entenderse interrumpidos los plazos de prescripción de las acciones de índole laboral.

Precisamente, en este trabajo se analiza, en términos generales, cuáles han sido los principales criterios de la jurisprudencia sobre la materia, destacando que sobre el tema se ha generado una cierta discusión, la que recientemente ha sido objeto de alguna reseña jurisprudencial¹. A este respecto, y en lo que a nosotros se refiere, se destacan dos líneas de interpretación aplicadas por nuestros tribunales, con especial mención a fallos recientes emanados principalmente de la Excelentísima Corte Suprema.

¹ *Gaceta Jurídica*, Santiago, (369), 2011.

A su vez, trataremos algunas sentencias relativas al sentido que, en materia laboral, se ha pretendido dar a las normas de interrupción de la prescripción, ello a la luz de la referencia efectuada por el legislador laboral a los artículos 2523 y 2524 del Código Civil (en adelante CC) y la situación derivada de la necesidad o no de notificar judicialmente una demanda para que pueda operar dicha interrupción.

Desde ya hacemos presente que en nuestro análisis se omitirá la revisión de otras reglas de prescripción especiales contenidas en el CT, y particularmente de aquellas relativas al cobro de horas extras y nulidad del despido.

II. DIVERSAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES

Previo al análisis de la jurisprudencia recaída en el art. 510 del CT, nos parece necesario tener presente el contenido de la citada norma, que señala:

“Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios. Asimismo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios.

El derecho al cobro de horas extraordinarias prescribirá en seis meses contados desde la fecha en que debieron ser pagadas.

Los plazos de prescripción establecidos en este Código no se suspenderán, y se interrumpirán en conformidad a las normas de los artículos 2523 y 2524 del Código Civil.

Con todo, la interposición de un reclamo administrativo debidamente notificado ante la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los plazos indicados en los incisos primero, segundo, tercero y cuarto suspenderá también la prescripción, cuando la pretensión manifestada en dicho reclamo sea igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emane de los mismos hechos y esté referida a las mismas personas. En estos casos, el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha Inspección y en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios”.

Conforme con lo indicado en los primeros incisos, es posible advertir el origen de las distintas posiciones jurisprudenciales existentes en esta materia a saber:

- 1^a) Aquella que define los plazos de prescripción en razón del origen de las acciones y derechos que se reclaman, dependiendo de si se trata de derechos mínimos irrenunciables con fuente legal, o bien

otros nacidos del contrato de trabajo en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.

- 2ª) Aquella que determina que los plazos de prescripción de los incisos primero y segundo del artículo 510 son complementarios entre sí y se aplicarán indistintamente conforme se accione judicialmente vigente o no el contrato de trabajo.

A continuación examinamos cada una de estas doctrinas jurisprudenciales.

III. POSICIÓN QUE DISTINGUE SEGÚN ORIGEN Y NATURALEZA DE ACCIONES Y DERECHOS

Este criterio se sustenta en la redacción y distinción que contemplan los incisos primero y segundo del art. 510 respectivamente, donde se hace una diferencia respecto de *“Los derechos regidos por este Código”*, en relación con *“las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código”*.

Gamonal y Guidi sistematizan la norma indicada, por la vía de distinguir entre la *“Prescripción de los derechos legales”*, la de dos años, y la *“Prescripción de derechos contractuales”*, que corresponde a la de seis meses².

En la primera de dichas situaciones, el plazo para accionar o demandar respecto a derechos mínimos irrenunciables sería de dos años, contado desde la fecha que tales derechos se hicieron exigibles. En este evento, y siguiendo esta línea argumental, se pretende proteger el cobro de derechos mínimos regidos por el Código del Trabajo y devengados durante la relación laboral, asumiendo que el plazo de dos años sería la regla general en la materia.

Ilustrativo resulta ser un voto de minoría emanado de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 31 de marzo de 2010, en causa Rol 7.610-2009, el que con detalle reseña los diversos argumentos que sostienen su posición, indicando inicialmente que de los incisos primero y segundo del artículo 480 del CT (hoy 510) surge *“la necesaria distinción entre derechos regidos por el Código Laboral y las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere ese texto legal, la que obedece al carácter tutelar del derecho del trabajo, indiscutible al tenor del artículo 5º del citado cuerpo legal, el que regula, además de la irrenunciabilidad de los derechos regidos por este Código, la autonomía de la voluntad de las partes”*³.

² Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Moggia, Caterina (2010). *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, p. 323.

³ En el mismo sentido voto disidente en Sentencia Corte Suprema, de 9 de noviembre de 2010, Rol 5.534-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 46201.

El voto en cuestión pretende determinar el recto sentido y alcance del art. 480 del CT, intentando esclarecer *“cómo se concilian o pueden compatibilizarse las reglas contenidas en los dos primeros incisos de la norma, que tratan de los derechos o acciones regidos por el cuerpo legal citado, así y para tal efecto, aporta un antecedente histórico, fundado en que “el Código del Trabajo de 1831, en sus artículos 69 y 179, contemplaba para las acciones provenientes de los actos o contratos y de los derechos que en el Título respectivo se establecían, plazos de prescripción de sesenta días o de seis meses, según si se tratara de obreros o empleados, en ambos casos, computados a contar de la fecha de terminación de los servicios, salvo prescripción especial. De acuerdo a esa legislación, no existía impedimento alguno para reclamar derechos devengados en cualquier tiempo durante la vigencia del contrato de trabajo, exceptuado el cobro de horas extraordinarias, puesto que los respectivos plazos de prescripción sólo se iniciaban en la fecha de término de los servicios. Se presumía con ello que el trabajador podía verse impedido, afectado o restringido a demandar a su empleador, para no poner en riesgo su fuente laboral, por lo que no parecía concebible “que sus derechos prescribieran mientras el contrato de trabajo permaneciera vigente”.*

Se señala, además, que el D.L. 2.200, de 1978, al eliminar las distinciones entre empleados y obreros no innovó en cuanto a los plazos de prescripción, pero *“agregó un plazo de caducidad de dos años, que impedía que las reclamaciones se extendieran indefinidamente hacia atrás, por toda la duración del contrato”.* Posteriormente, la Ley N° 18.018, de 1981, introdujo finalmente en nuestra legislación la norma que hoy analizamos y que precisamente hace la distinción que justifica la diferencia de interpretaciones.

El voto en análisis refiere la opinión de don Eduardo Martínez Estrada, para quien la *“dictación de la Ley N° 18.018 de 14 de agosto de 1981 que modifica el artículo 163 del Decreto Ley N° 2.200 de 1° de mayo de 1978, antecedente inmediato del artículo vigente, se rompe la tradición normativa de computar el plazo de prescripción –el dies a quo– a partir del término o conclusión de los servicios... la fórmula seguida por el legislador de la época estableció una original dualidad de plazos de prescripción con cómputos distintos según se trate de derechos o acciones –exigibilidad y terminación de los servicios respectivamente–”* (“La Prescripción Extintiva Laboral. Breve Análisis Jurisprudencial”, en *Anuario del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* N° 2/2001, p. 90).

De este modo, para el voto disidente, y no obstante las diversas modificaciones ocurridas a partir del año 1833, la norma permanece inalterable y en consecuencia, *“como lo enuncia el inciso primero de la norma en estudio, el cobro de los derechos regidos por el Código del Trabajo y devengados durante la vigencia del contrato está sujeto a la prescripción extintiva de dos años contados desde la fecha en que tales*

derechos se hubieren hecho exigibles. Ello, sin perjuicio de la prescripción de seis meses de que trata el inciso segundo del mismo artículo, que rige, “en todo caso”, para el ejercicio de las acciones provenientes de los actos y contratos sujetos a la ley laboral, y que se cuenta a partir de la fecha de terminación de los servicios”.

Sobre la expresión “en todo caso” que utiliza el inciso segundo de la norma en cuestión, se ha afirmado igualmente que la misma pretende hacer énfasis o destacar la situación espacial de las condiciones laborales que han nacido de la libre voluntad de las partes, a diferencia de aquellos mínimos irrenunciables, de manera que al ser el mismo legislador quien hace la distinción, debe siempre analizarse el plazo conforme al origen –ley o contrato– del derecho que se reclame⁴.

En el mismo orden de ideas, aun cuando con menor fundamento, existen otros pronunciamientos de Tribunales superiores, que han establecido que “*Respecto del cobro de remuneraciones, compensación de feriados, gratificaciones y días de descanso, por tratarse de prestaciones que tienen su fuente en la ley y no surgen del pacto entre empleador y trabajador, se sujetan al plazo de prescripción de dos años*”⁵.

A su turno, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción determinó que “*La indemnización por años de servicio constituye un derecho establecido por la ley a favor del trabajador, de modo que su origen es de carácter legal y constituyen derechos que tienen su fuente en la ley. Por lo que, tratándose entonces de derechos que tienen su fuente en la ley, la norma que regula la prescripción de los mismos es la contemplada en el inciso 1º del artículo 510*”⁶.

En fecha reciente, la misma Corte Suprema, en una sentencia que difiere de su jurisprudencia mayoritaria sobre la materia, determinó que “*la acción de despido injustificado, dirigida a obtener una declaración expresamente contemplada en la ley para el caso de que se trata, que en su esencia obedece a una decisión de carácter legal y no convencional, corresponde a un derecho que tiene su fuente en la ley, razón por la cual el plazo de prescripción es aquel contemplado en el artículo 480 inciso 1º del Código del Trabajo, de dos años*”⁷.

⁴ Corte Suprema, sentencia de 28 de febrero de 2011, Rol 8.039-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 48493.

⁵ Corte Suprema, sentencia de 23 de marzo de 2010, Rol 223-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 43536. Se pronuncia en términos similares el voto de minoría en sentencia CS, de 15 de abril de 2008, Rol 30-2008, disponible en Microjuris.com, bajo identificación MJJ 16918.

⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 26 de febrero de 2010, Rol 190-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 43276.

⁷ CS, Rol 8.039-2010

IV. POSICIÓN QUE DISTINGUE SEGÚN SI EL CONTRATO ESTÁ VIGENTE

La posición divergente, que por cierto es la que se observa con mayor habitualidad en las sentencias recientes de nuestros Tribunales, se ha justificado en que la distinción contenida en el artículo 510 del CT dice relación sólo con la vigencia o extinción del contrato de trabajo, de manera que el mayor lapso de prescripción –dos años– tiene como finalidad proteger al trabajador que quiere resguardar su fuente laboral pudiendo no ejercer sus acciones mientras se encuentre afecto a una relación laboral. Por el contrario, el plazo de seis meses busca igualmente dar una situación de certeza, determinando que una vez extinguida la relación laboral, el ex trabajador tendrá un plazo acotado para requerir judicialmente todas aquellas prestaciones que se le adeuden y que no se hubieren extinguido por prescripción, es decir, aquellas que se hubiesen hecho exigibles en los dos años previos a la notificación de la demanda⁸.

En particular, se puede observar también, cómo para nuestros sentenciadores la posición o el argumento se refuerza en razón de lo indicado en el inciso final del art. 510, el que establece la particular situación de suspensión de los plazos de prescripción establecidos en los tres primeros incisos de la norma, mientras se encuentre en tramitación un reclamo administrativo laboral. Lo anterior ha sido valorado por nuestro máximo Tribunal al señalar que dicha suspensión “*importa un beneficio para el trabajador reclamante, sólo si se estima que su actividad procesal, una vez exonerado, debe ajustarse al lapso de seis meses, pues de lo contrario, la utilización de la vía administrativa siempre le resultaría perjudicial*”⁹.

En el mismo sentido se ha destacado que el inciso final del art. 510 del CT “*solucionaría sin lugar a dudas el problema de interpretación de tal artículo, pues, cuando imperativamente establece que el plazo para reclamar de los derechos una vez terminada la relación laboral no puede exceder de un año en caso de haber sido suspendida mediante reclamo administrativo, se está poniendo en el caso de que el plazo de prescripción extintiva sea de seis meses, y no de dos años, pues en tal caso el inciso final no tendría sentido alguno*”¹⁰.

A su turno, otro interesante fallo ha expresado que “*hacer una disquisición entre acciones y derechos regidos por las leyes, en esta materia para los efectos de determinar el plazo de prescripción, puede conducir a que el cobro de una misma pretensión esté sujeto a dos plazos distintos*

⁸ En este mismo sentido pueden citarse CS, Rol 189-2008; CS, Rol 3.078-2010; CS 5.540-2010 CS. Disponibles en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo los N°s 39004, 45067 y 47041 respectivamente.

⁹ Corte Suprema, sentencia de 4 de marzo de 2011, Rol 6.797-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 48218.

¹⁰ *Gaceta Jurídica*, ob, cit., p. 53.

de extinción. Lo anterior, debido a que las prerrogativas contempladas en el estatuto del trabajo deben entenderse incorporadas en los contratos de tal naturaleza, aun cuando no se les haya incluido expresamente entre las partes, quienes, además, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden ampliar su extensión”¹¹.

La misma sentencia ha complementado su razonamiento inicial por la vía de formular un caso teórico, el que resulta clarificador del argumento, indicando que *“por ejemplo en el caso del feriado anual, regulado en los artículos 67 y siguientes del Código del ramo, en el evento de haber sido aumentado contractualmente y, de aceptarse que los derechos concedidos por la ley prescriben en dos años desde que se han hecho exigibles, tal sería el plazo de extinción para dicha prestación en cuanto a los mínimos referidos y, por lo pactado sobre esa base, sólo podría reclamarse o hacerse valer durante el lapso de seis meses, situación que claramente se aparta de toda lógica”*.

Luego, para explicar el cabal y acertado alcance del art. 510, se ha entendido que el sentido de la prescripción extintiva apunta a otorgar a ambas partes de la relación laboral la necesaria estabilidad jurídica para *“obtener un fin último de certeza y seguridad”¹²*. Así, una vez terminada la relación laboral, el ex trabajador tiene un plazo de seis meses para reclamar todos los derechos que considere incumplidos, *“plazo más que suficiente si se considera que normalmente el contrato de trabajo tiene una remuneración mensual y se requiere ese mismo término para organizar la subsistencia personal y familiar, de manera que transcurridos seis meses la relación jurídica debe entenderse resuelta tanto para el empleador como el trabajador”¹³*.

De esta forma, es posible observar también como una argumentación a favor de la presente postura jurisprudencial, la debida necesidad de certeza jurídica, por lo que las disposiciones del art. 510, incisos primeros y segundos, no son antagónicas, sino complementarias y armónicas ya que *“en síntesis establecen que una vez concluida la relación laboral el trabajador podrá accionar durante los seis meses siguientes, pero sólo respecto de derechos que hayan sido exigibles hasta dos años atrás”¹⁴*.

Ahora bien, y confirmando las ideas anteriores que hemos analizado, destacan dos pronunciamientos recientes de nuestro máximo Tribunal, el que en fallos divididos rechazó sendos recursos de Unificación de

¹¹ Corte Suprema, sentencia de 13 de enero de 2011, Rol 6.303-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 47738.

¹² Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 14 de septiembre de 2010, Rol 94-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 45557.

¹³ CAP Antofagasta, Rol 94-2010.

¹⁴ CAP Antofagasta, Rol 94-2010. En el mismo sentido CS, Rol 6.303-2010; CS, Rol 4.000-2010, disponibles en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo los N°s 47738 y 45312 respectivamente.

Jurisprudencia, determinando que carece de asidero la interpretación del art. 510 del CT que distingue entre derechos mínimos irrenunciables y las acciones provenientes de los actos y contratos, y que en consecuencia *“Corresponde rechazar el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que anuló aquella que acogió la acción del trabajador e hizo lugar a la excepción de prescripción deducida por el empleador. Ello, puesto que habiéndose determinado que el plazo de prescripción aplicable al caso del actor es de seis meses, desde que la relación laboral habida entre los litigantes terminó, la petición del actor para que se unifique la jurisprudencia en el sentido por él pretendido carece de asidero, por cuanto la interpretación que se realiza en la sentencia en relación con la cual se recurre se ajusta al recto sentido y alcance de la distinción que efectúa el artículo 510 del Código del Trabajo, en sus incisos primero y segundo”*¹⁵.

El argumento anterior también encuentra cabida a nivel doctrinario, en particular Francisco Walker Errázuriz ha señalado que *“El sentido de la prescripción extintiva está muy ligado al de la seguridad jurídica, pues se trata de evitar la incertidumbre al prolongar en el tiempo excesivamente eventuales litigios”*¹⁶.

Para el citado autor, la prescripción del derecho obliga a exigir un pago que se ha devengado durante la relación laboral, en el plazo de dos años desde que el beneficio se ha hecho exigible, en cambio, concluida la relación laboral el derecho prescribe en seis meses, contados desde la fecha de terminación de los servicios. Argumento, que según señala, ha sido igualmente recogido por la Dirección del Trabajo, mediante Dictamen Ord. 2.682, de 23 de junio de 1983¹⁷.

Reafirmando lo sostenido, se ha indicado por otros autores que, *“una vez terminado el contrato de trabajo, el trabajador tendrá seis meses para accionar persiguiendo el pago efectivo de sus derechos laborales adeudados por un lapso de hasta dos años contados desde que fueron exigibles”*¹⁸.

¹⁵ Corte Suprema, sentencia de 11 de marzo de 2011, Rol 6.936-2010. En igual sentido CS 6.455-2010, ambas disponibles en Microjuris.com, bajo identificación MJJ 26506 y 25674 respectivamente.

¹⁶ Walker Errázuriz, Francisco (2003). *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*. Santiago: Editorial Universitaria, p. 255.

¹⁷ Walker, ob, cit., p. 256.

¹⁸ Lanata Fuenzalida, Gabriela (2007). *Contrato Individual de Trabajo*: Santiago: Editorial LexisNexis, p. 267.

V. POSICIONES RESPECTO AL ALCANCE DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN MATERIA LABORAL

Tal y como indicábamos al inicio de este trabajo, hemos estimado oportuno dar cuenta, igualmente, respecto de la discusión jurisprudencial suscitada a partir del art. 510, inciso 5° del CT, norma que reconoce en el ámbito del trabajo la institución de interrupción de la prescripción.

En efecto, la remisión efectuada por el legislador laboral a los artículos 2523 y 2524 del Código Civil ha generado distintas posiciones, básicamente centradas en el tipo de exigencias que establece la ley para entender interrumpido un plazo de prescripción y en particular respecto de la necesidad o no de ocurrir la notificación legal de la demanda para entender afectado el plazo de que se trata.

Así, distinguimos dos líneas argumentales:

1. LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL SE INTERRUMPE CON LA NOTIFICACIÓN VÁLIDA DE LA DEMANDA

Mayoritariamente, se ha entendido que el Código del Trabajo se remite al derecho común en lo que a la regulación de la interrupción de la prescripción se refiere. Así, nuestro máximo Tribunal ha señalado la necesidad de “*determinar el sentido de la remisión que a los artículos 2523 y 2524 del Código Civil, realiza el artículo 480 del Código del Trabajo*”¹⁹.

Ha sido precisamente en tal ejercicio, en que se ha determinado que los plazos contemplados en los incisos primero y segundo del art. 510 del CT, corresponden a prescripciones de corto tiempo y a consecuencia de ello les serían aplicables las reglas contenidas en el art. 2523 N° 2 del CC que reconoce la interrupción civil a partir del requerimiento formulado por el acreedor. A juicio de nuestros tribunales, el requerimiento exige “*según su sentido natural y obvio, la notificación de la demanda o cualquier acto judicial mediante el cual el demandado toma conocimiento de la acción deducida en su contra*”²⁰. Para el mismo sentenciador sería “*contrario al debido proceso que se entienda interrumpida una determinada acción por gestiones que no importan que aquél contra la que se dirige haya tomado conocimiento de su existencia*”. Incluso más, se ha sostenido que no sería procedente, “*ni aun bajo pretexto del carácter protector del derecho laboral*

¹⁹ Corte Suprema, sentencia de 18 de agosto de 2009, Rol 6.345-2008. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 42731.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 15 de enero de 2010, Rol 3.264-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 43268.

y las especiales características de los vínculos que éste regula, colocar a las partes litigantes en desigualdad procesal”²¹.

*“En consecuencia, por expreso mandato de la ley, la forma de interrumpir la prescripción es la notificación válida de la demanda judicial”*²².

El argumento anterior se ha complementado al sostenerse que *“el acto de una persona que exige a otra para que haga o no alguna cosa, que conlleva el requerimiento, implica darle noticia del cobro de la obligación respectiva, es decir, comunicarle esta circunstancia, de modo que se haga efectivo el conocimiento de ella y se vea compelido a responder”*²³.

Así las cosas, y por expreso mandato legal, se debe tener presente que en materia laboral los plazos de prescripción no se suspenden, y sólo se interrumpen conforme disponen los artículos 2523 y 2524 del CC, de modo que en análisis de dicha situación se ha expresado que *“el artículo 2523 del Código Civil contiene el principio de la interrupción de la prescripción y sabido es que puede ser natural o civil, además, indica dos situaciones en que dicha interrupción se produce. Una es la intervención del requerimiento. Para definir esta última expresión, dable resulta consultar el artículo 2503 del mismo texto legal, el cual define la interrupción civil como todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor, a lo que agrega que sólo quien ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción y ni aún él si la notificación de la demanda no ha sido realizada en forma legal”*²⁴.

Recientemente se ha señalado que *“El acto por el que una persona exige a otra que haga o no alguna cosa, que conlleva el requerimiento, implica dar noticia a aquélla del cobro de la obligación respectiva, es decir, comunicarle la circunstancia de modo que tome positivo conocimiento de la misma y se vea compelido a responder; situaciones ambas que no se dan a partir de la sola distribución de la demanda”*²⁵.

2. ES SUFICIENTE EL SOLO REQUERIMIENTO PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN LABORAL

En contrapunto al criterio que exige la notificación válida de la demanda, podemos encontrar algunos pronunciamientos emanados principalmente

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7 de diciembre de 2010, Rol 867-2010. En el mismo sentido Corte Suprema, Rol 5.534-2010. Disponibles en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo los N^{os} 47516 y 46201 respectivamente.

²² Corte Suprema, sentencia 26 de octubre de 2010, Rol 5.080-2010. En el mismo sentido CS, Rol 6.303-2010; CS, Rol 5.540-2010; CAP Santiago, Rol 65-2010; CAP Santiago 3.385-2010. Disponibles en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo los N^{os} 46844, 47738, 47041, 46571 y 48538 respectivamente.

²³ CAP Santiago, Rol 867-2010.

²⁴ CS 6.345-2008.

²⁵ Corte Suprema, sentencia de 15 de abril de 2011, Rol 4.705-2010. Disponible en www.poderjudicial.cl

por Cortes de Apelaciones, en virtud de los cuales se ha establecido que *“La interrupción de la prescripción en materia laboral se produce con la presentación de la demanda a distribución, y no con su notificación”*²⁶. La sentencia en cuestión justifica su razonamiento por la vía de analizar el artículo 480 del CT (actual 510) respecto a la referencia formulada a los artículos 2523 y 2524 del CC, sosteniendo que la primera de tales normas dispone que las prescripciones a que refiere se interrumpen desde que hay requerimiento, para luego indicar que *“Las citadas disposiciones se encuentran comprendidas en el párrafo 4° del Título XLII del estatuto privatístico, lo que hace coherente la remisión que al artículo 2523 efectúa el estatuto de fuero, habida cuenta que éste en su artículo 480 establece, precisamente, prescripciones de corto tiempo –seis meses y dos años–*. Agrega luego que el derecho común es el que define el sentido que debe darse a la voz requerimiento, así *“Primeramente contempla una regla general para las interrupciones en análisis, según la cual ella opera desde que se intenta cualquier recurso judicial, precisando que este se consuma con la notificación de la demanda (artículo 2503), concepto que en idénticos términos reitera el artículo 2518, que en su inciso tercero alude a la interrupción por el hecho de “la demanda judicial”*.

Entonces, si la terminología legal generalmente empleada en el tratamiento que se otorga a la prescripción –tanto como medio para adquirir cosas, cuanto como vía para extinguir acciones judiciales– es la de la “demanda”, algún sentido ha de asignársele a la modificación del lenguaje que el mismo legislador actuó en el artículo 2523, que, a juicio de la Corte impele a asumir que no dejó vinculada la voz “requerimiento a la noción de demanda notificada sino, lisa y llanamente, al recurso judicial que se intenta ante un tribunal”.

Diversas son las acepciones que se han dado al concepto de requerimiento, destacando a este respecto aquella que lo define como *“dirigirse contra el deudor cobrándole una deuda o pidiéndole el reconocimiento de ciertos derechos”*²⁷, ahora bien, y para lo anterior *“basta con una actuación en que consten fehacientemente tales propósitos, lo que se cumple con la presentación de la demanda, incluso si ello se hace ante el juez incompetente. Esta interpretación jurisprudencial en materia laboral está, además, apoyada en la especial fundamentación que tiene la legislación que la regula, principios que tienen un claro sentido protector del trabajador”*.

Otra sentencia ha sido aún más abierta en su interpretación de la voz requerimiento, al afirmar que incluso es posible configurar un requerimiento válido mediante *“la notificación administrativa del reclamo”* sosteniendo,

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de noviembre de 2010, Rol 1.526-2010. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 46976.

²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 19 de diciembre de 2007, Rol 253-2007. Disponible en Microjuris.com, bajo identificación MJJ 16296.

en consecuencia, que la prescripción puede ser interrumpida mediante el ejercicio de un reclamo administrativo intentado ante la Dirección del Trabajo²⁸.

Un criterio de interpretación diverso, pero que concluye de la misma manera, se observa en una sentencia que busca definir la palabra requerimiento recurriendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde se *“define la voz requerir en una de las acepciones vinculadas a la persona como de “solicitar, pretender, explicar su deseo”, y que conforme a la anterior, requerimiento “no significa notificación como lo entiende el juez a quo en su sentencia, sino que basta con la interposición de la demanda laboral para interrumpir el plazo de prescripción que se encontraba corriendo desde la fecha del despido del actor”*²⁹.

En otro argumento se ha desarrollado la situación de las acciones laborales en tanto su situación de prescripciones de corto tiempo, indicando que *“si el legislador señala específicamente el artículo 2523 del Código Civil en el artículo 480 inciso quinto del Código del Trabajo, es porque ordena aplicar el precepto aludido en cuanto regula la suspensión y la interrupción en los términos que allí se consignan. Ahora bien, el contenido del requerimiento referido en el artículo 2523 del mismo Código, no puede ser el mismo del artículo 2503 de ese texto legal, interpretado a contrario sensu por la jurisprudencia que exige la notificación de la demanda en forma legal, por dos razones, siendo la primera doctrinal, porque así lo expresa René Abeliuk en la obra en comentario (página 1029), sobre la base de una interpretación gramatical y del significado de requerimiento en el Diccionario de la Lengua Española; y la segunda, consiste en una razón legal, ya que –como también lo sostiene el autor referido– el proyecto de 1853, el artículo correspondiente contemplaba la demanda judicial para interrumpir la prescripción de corto tiempo y que fue reemplazada por el término de requerimiento”*³⁰. Argumenta el mismo fallo que *“como garantía de paz y seguridad, le toca al juez aplicar la ley, es decir, el requerimiento estatuido en la disposición aludida”*.

El mismo Tribunal antes citado, en un fallo también reciente dispuso *“Que, considerando el principio en dubio pro operario que busca la protección del trabajador por estimarlo el contratante más débil, que estos sentenciadores tendrán presente para el efecto de resolver la prescripción alegada por el demandado de autos, lo dispuesto por el artículo 2523 del Código Civil, en relación a las prescripciones de corto tiempo, en el*

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de mayo de 2010, Rol 1.692-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 44817.

²⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 21 de septiembre de 2010, Rol 333-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 42692.

³⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 25 de febrero de 2010, Rol 207-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Legal Publishing Chile, bajo el N° 43444.

sentido de que dicha prescripción se interrumpe “desde que interviene requerimiento”, entendido en su sentido natural y obvio, estimando que la interposición de la demanda en día 6 de diciembre 2007 constituye suficiente requerimiento para interrumpir el plazo legal de prescripción”³¹.

VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto podemos establecer las siguientes conclusiones:

- 1^a) Es posible observar dos líneas de jurisprudencia definidas en cuanto al sentido y alcance del art. 510 del CT, la primera aquella que define el plazo de prescripción extintiva distinguiendo entre derechos mínimos irrenunciables, de aquellos que no lo son, y la segunda, aquella que refiere al plazo de prescripción en razón de encontrarse vigente o no la relación laboral.
- 2^a) Por nuestra parte, concordamos con esta segunda argumentación, haciendo nuestra la fundamentación que destaca que la distinción entre derechos irrenunciables, de aquellos contractualmente convenidos, puede significar que una misma prestación o reclamo pueda verse afecta a dos plazos diversos de prescripción, lo que de suyo parece no ser lógico.
- 3^a) En igual sentido, nos parece que el argumento de texto también sostiene nuestra postura, toda vez que no es posible comprender el inciso final del art. 510 CT sino es por la vía de reconocer que el plazo de prescripción a aplicar no puede ser definido sino en base a la existencia o no de la relación laboral, ya que de lo contrario la norma en comento no tendría razón de ser.
- 4^a) Sin perjuicio de lo anterior, y a la luz de las disímiles posturas mencionadas, no es posible concluir que nuestros Tribunales hayan adoptado preferentemente por alguna línea jurisprudencial más definitiva, no obstante sus últimos pronunciamientos, y ello se observa no sólo a partir de sentencias recientes que fallan en distinto sentido, sino también, y en varios casos, con la existencia de votos disidentes, lo que da cuenta de las diversas líneas de interpretación, por lo que no es descartable considerar un eventual cambio en la jurisprudencia actualmente imperante.
- 5^a) Referente a la forma como ha de entenderse interrumpida la prescripción extintiva, ha sido posible nuevamente verificar la existencia de dos líneas argumentativas, una, la que exige la notificación válida de la

³¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 11 de enero de 2010, Rol 201-2009. Disponible en Microjuris.com, bajo identificación MJJ 22646.

demanda, y la otra, que entiende como suficiente acto de interrupción el mero requerimiento al deudor.

- 6^a) A nuestro entender, debiera exigirse siempre la notificación válida de una demanda para interrumpir la prescripción de las acciones, toda vez que los plazos de prescripción que reconocen los dos primeros incisos del art. 510 del CT son de corto tiempo y a consecuencia de ello le son aplicables las normas pertinentes de la interrupción civil del derecho común, por lo demás, no parece acorde a un justo proceso el que una parte pueda verse impedida de ejercer un derecho –como es alegar la prescripción– por actuaciones previas, efectuadas sin su conocimiento, y que eventualmente pudieren nunca llegar a su conocimiento o hacerlo mucho tiempo después de concluida la relación laboral, generando con ello una situación de incertidumbre que parece contraria al principio de la seguridad jurídica.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA: LA ACCIÓN DE MERA DECLARACIÓN PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA “SENTENCIA FICTA TRIBUTARIA”*

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho Universidad de Navarra

Profesor Derecho Procesal

Universidad de los Andes

I. LOS PRIVILEGIOS PROCESALES DEL FISCO

Un tema poco estudiado por nuestra doctrina procesal es el de los privilegios procesales que la ley reconoce a la Administración del Estado y, en especial, al Fisco para litigar en el proceso civil.

Para lo que aquí interesa esbozar, la materia que se expone dice relación con las prerrogativas en las que la ley o la jurisprudencia de nuestros tribunales han optado por beneficiar a la Administración en su posición como parte en un proceso judicial¹. Tal situación coincide con el significado común de la voz privilegio, que deriva del latín *privilegium*, y significa una exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia (RAE).

La necesidad de examinar esta materia se justifica por múltiples razones. En primer lugar, por los cambios que se han producido en nuestro país en la concepción del Estado y su relación con las personas, exigiendo que las garantías procesales clásicas también se apliquen a la solución de los conflictos en el proceso civil donde la contraparte es la administración del

* Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: “La generación de precedentes en el proceso chileno” (N° 1110917), y ha recibido la ayuda del Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile).

¹ Entre otros, cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho* (U. Austral), Vol. XX, N° 2, 2007, pp. 69-94; Pedraz Penalva, Ernesto, *Privilegios de las administraciones públicas en el proceso civil*, Madrid: Civitas, Madrid, 1993.

Estado. En segundo lugar, por la evolución que ha tenido el principio de la igualdad, que ha limitando las prerrogativas del “Estado empresario”, equiparando su posición con los particulares. Bajo tal postulado dogmático, el debido proceso no podría ser diverso en el contenido de los derechos subjetivos procesales, por el hecho de que la contraparte sea el Estado en alguna de sus múltiples proyecciones². Naturalmente que pueden darse situaciones de diversidad en la regulación procedimental, pero ellas no pueden generar una ventaja que la conviertan en un privilegio injustificado.

Sin ánimo de agotar una materia de enorme amplitud, las modificaciones más frecuentes se aprecian en distintos ámbitos procesales: en relación a los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional, en la forma como el propio Estado interpreta sus prerrogativas en materia de cobro de obligaciones tributarias, etc. Los problemas jurídicos que surgen de la existencia de los privilegios en beneficio de la Administración o del Fisco son variados y complejos. El más básico es cómo conciliar su existencia con el principio de la igualdad procesal. En efecto, en el terreno teórico se postula que las partes deben tener los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de prerrogativas ni a favor ni en contra de aquellas. Según Podetti, la igualdad procesal debe entenderse como la posibilidad para todos los habitantes de ejercitar sus derechos en juicio, reclamando y obteniendo protección jurídica del Estado, en igualdad de condiciones³. En explicación de Picó i Junoy, “este derecho [a la igualdad] exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Así, la existencia misma de dos partes y sus derechos a ser oídas perderían, en buena medida, su sentido si no gozasen de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar los que cada una estime conveniente”⁴.

En lo que sigue, se examina el problema que ha surgido con la declaración de la prescripción de la obligación tributaria⁵. Aunque el Código Civil se anticipó a poner límites en esta materia, al disponer en el art. 2497 que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en

² Una exposición de esta evolución en Aróstica Maldonado, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Santiago: Universidad Santo Tomás, 2001, pp. 9-174.

³ Cfr. Podetti, Ramiro, *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires: Ideas, pp. 86 y ss.

⁴ Picó i Junoy, Joan, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2005, p. 34.

⁵ Sobre el tema, Alvarez Andrade, María, *La prescripción extintiva extraordinaria en el Código Tributario*, Santiago: LexisNexis, 2006, pp-1-58; Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 21-90. Sobre sus límites constitucionales en esta materia, Fermandois V., Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Santiago: Ediciones UC, 2010, pp. 93-186.

contra del Estado, en la práctica ha surgido un privilegio procesal que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha comenzado a revertir.

Tal como se explicará, la Corte Suprema ha sentando un precedente sobre la procedencia de la acción de declaración de mera certeza, para poner fin a un gravoso escenario que afecta a los contribuyentes. Resume con claridad este logro judicial la doctrina de nuestro máximo tribunal, al declarar con fecha 30 de noviembre de 2009: *que el silencio normativo sobre este punto de ninguna manera autoriza para sustentar (...) la hipótesis de que, en lo sucesivo, no pueda iniciarse una nueva prescripción, pues ello equivaldría a consagrar en la situación descrita la imprescriptibilidad de la acción de cobro tributario. Es menester recordar a tal respecto que la prescripción extintiva, como institución vinculada al interés colectivo implícito en la mantención de la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas y de la paz social, tiene aplicación general dentro del ordenamiento. Bajo tal premisa, la imprescriptibilidad reviste carácter excepcional y debe fundarse en el texto expreso de la ley (...).*

II. LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA “SENTENCIA FICTA TRIBUTARIA”

1. EL PRIVILEGIO SURGIDO EN BENEFICIO DE UN PROCESO ESPECIAL

En relación al Fisco y los procesos especiales, ha surgido un privilegio de la aplicación del juicio ejecutivo especial para proceder al cobro ejecutivo de las obligaciones tributarias de dinero, regulado en el Título V del Libro III del Código Tributario.

En apretada síntesis, la especialidad y el estatuto de privilegio fiscal en este juicio ejecutivo se aprecian en las siguientes opciones técnicas:

1. Se encarga la cobranza administrativa y judicial de las obligaciones tributarias al Servicio de Tesorerías.
2. Se mantiene una hipótesis de prisión por deudas a través de la posibilidad de aplicar a los deudores apremios personales o arrestos⁶.

⁶ Esta solución no coincide con la regulación del juicio ejecutivo “civil”, donde la prisión por deudas no se contempla desde hace mucho tiempo. En efecto, este mecanismo de coerción fue suprimida de un modo general en el gobierno de José Joaquín Pérez, por la Ley de 23 de junio de 1868. Tal modificación –según Vergara Salvá– fue influenciada por la discusión que sobre la abolición de los apremios personales se libró en Francia en esa misma época, especialmente en relación a la prisión del fallido en un proceso de quiebra. Esta ley de 1868 estuvo precedida de dos proyectos. El primero del diputado por La Serena don Pedro Félix Vicuña, del 10 de junio de 1865, y el segundo, de la moción del senador por Santiago, don Melchor de Santiago Concha, presentada en el Senado el 28 de junio de 1867. Este segundo intento fue el que en definitiva se convirtió en ley. Sobre la génesis y debate parlamentario (cfr. Vergara Salvá, Juan de Dios, “¿Subsisten en el estado actual de nuestra legislación las

3. Se establecen medidas de investigación de bienes o para facilitar la práctica del embargo (consulta de antecedentes tributarios, juramento de bienes⁷, embargo de remuneraciones, designación de depositarios con facultades de retener y pagar sumas de dinero, etc.).
4. Se permite a la administración la generación unilateral del título ejecutivo. En efecto, la ley da valor de título ejecutivo, por el solo ministerio de la ley, a las listas o nóminas de deudores que se encuentren en mora, las que contendrán bajo la firma del Tesorero Comunal que corresponda, la individualización completa del deudor y su domicilio, con especificación del período y la cantidad adeudada por concepto de impuesto o de sanciones en su caso y del tipo de tributo, número en el rol si lo hubiere y de la orden de ingreso, boletín o documento que haga sus veces. El Tesorero General de la República determina por medio de instrucciones internas como se confecciona este título ejecutivo.
5. La ejecución la despacha el Tesorero Comunal respectivo, actuando como juez sustanciador, mediante una providencia que estampará en

disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y á la fianza exigible en subsidio", en *Revista Forense Chilena*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1889, t. V, pp. 455-469).

En cambio, el proceso ejecutivo tributario contempla, a propósito del juicio ejecutivo para el cobro de las obligaciones tributarias de dinero, la posibilidad de que los recaudadores fiscales puedan exigir de los deudores morosos una declaración jurada de sus bienes. Si éstos no la proporcionan y su negativa hiciera impracticable o insuficiente el embargo, el abogado provincial solicitará de la Justicia Ordinaria apremios corporales contra el rebelde (art. 171 CT). Con todo, existen algunos intentos para moderar la adopción del arresto como apremio, reconociendo ciertos límites en su utilización. En tal sentido conviene recordar una sentencia de la Corte Suprema, de 28 de abril de 1988, que acogió un recurso de amparo deducido en contra de una orden de apremio por el no pago de los impuestos, estableciendo límite a la prisión por deudas en esta materia, y cuyos considerandos conviene transcribir: "9º) *Que la sola enumeración de estas circunstancias procesales nos indican una grave anomalía en el sistema empleado para despachar el apremio. Es de toda lógica que los arrestos no pueden convertirse en prisión perpetua o por lo menos en largos períodos de prisión, ni tampoco pueden estarse reiterando cada vez que lo pide el demandante, cuando se funda la petición en la misma omisión, esto es, en el no pago de un mismo impuesto (que no solo aumenta su valor en virtud del aumento de los impuestos, reajustes, intereses, sanciones). En el caso presente el Tribunal ha rechazado en siete oportunidades las peticiones de arresto y las ha aceptado solo en cuatro. Esto significa que en once ocasiones, tratándose de los mismos impuestos, se ha discutido, aun sin previo requerimiento del contribuyente moroso, acerca de la procedencia del apremio. Este sistema repugna el debido proceso y contraviene la normalidad y buen desarrollo de un procedimiento que aunque se lleva en un Tribunal Civil tiene un alto contenido Penal. 10º) Que hay, finalmente, otro razonamiento para estimar que la resolución que dispuso el arresto de don Electo José Parra Sepúlveda no está dictada con el mérito suficiente para ello. En efecto, a fojas 21, en octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se acogió la suspensión indefinida del arresto y mientras no se agreguen o produzcan nuevos antecedentes o datos que hagan variar la situación anterior no es posible modificarla*" (RDJ t. LXXXV, sec. 4ª, p. 18).

⁷ Sobre el tema, Pérez Ragone, Álvaro, "Deber de transparencia patrimonial y efectividad de la ejecución: corolario del imperativo de cooperación procesal", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 16, 2009, pp. 223-232. Montero Aroca, Juan, "Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, 1981, pp. 275-279.

la propia nómina de deudores morosos, que hará de auto cabeza del proceso.

6. Se establece un sistema especial de requerimiento de pago, con marcadas excepciones a las reglas generales sobre la forma de emplazar al demandado o ejecutado (art. 171 CT).
7. Se contempla un proceso de estructura sumaria, con un número acotado de excepciones que puede oponer el deudor.
8. Se contempla pasar de la etapa administrativa a una judicial, si el deudor opuso excepciones a la ejecución, si ellas no son de competencia del Tesorero Comunal, o este último no las hubiere acogido (art. 179 CT).
 - i) Se contempla la producción de la denominada “sentencia ficta”, si el deudor no opuso excepciones (art. 181 del CT, en relación al art. 472 del CPC).

2. EL PRIVILEGIO GENERADO EN RELACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN

La utilización de este procedimiento con privilegios procesales para el Fisco ha dado lugar a que la administración alegue en su beneficio una hipótesis de imprescriptibilidad de la acción de cobro tributario.

En la práctica se dan casos donde los contribuyentes toman conocimiento que en los registros de la Tesorería General de la República figuran como deudores de obligaciones tributarias, no obstante que han transcurrido los plazos de prescripción extintiva, sin haber sido emplazados efectivamente a un proceso. Esta situación se puede explicar, entre otras razones, porque en este procedimiento se puede emplazar al deudor con prescindencia de las garantías que tradicionalmente el proceso civil o penal contempla para llamar a alguien a juicio. Como se anticipaba, el art. 171 del Código Tributario admite practicar una forma de emplazamiento laxo, y cuya existencia sólo se explica como una medida para facilitar la litigación fiscal⁸.

También a este estado de cosas se puede llegar cuando el deudor asume la denominada *rebeldía estratégica*, al no oponer las excepciones al juicio ejecutivo tributario. Esta actuación defensiva es lícita y se explica, siguiendo a Carrasco, por el hecho de que la rebeldía es una actitud válida, que puede utilizar el demandado, atendido que en nuestro sistema se la considera como una forma de incomparecencia, que no genera un reconocimiento de los hechos que el actor afirma en su demanda⁹.

⁸ El caso más extremo se da en relación a la cobranza del impuesto de contribuciones de bienes raíces. La ley permite que se pueda notificar en la propiedad raíz de cuya contribución se trata. Esto ha llevado al extremo de que el Fisco haya dejado la cédula en sitios eriazos, sin moradores, defendiendo luego la validez de la notificación, invocando una aplicación laxa del privilegio de litigación fiscal.

⁹ Cfr. Carrasco Poblete, Jaime, *La rebeldía en los procesos civil y laboral*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010, p. 47.

Frente a lo anterior, surge la interrogante acerca de cuál es el medio jurídico más idóneo para obtener la extinción de la obligación tributaria que el Servicio de Tesorerías, no obstante contar con un proceso privilegiado, no ha podido cobrar en un plazo razonable. Y cuyos efectos, además, sigue publicitando indefinidamente, en una suerte de declaración de muerte civil para el deudor fiscal.

3. EL MITO DE LA “SENTENCIA FICTA TRIBUTARIA”

Como se anticipaba, el Código Tributario en el art. 181 del CT hace aplicable a este juicio el art. 472 del CPC, esto es, admite que en este proceso surja lo que erróneamente nuestra doctrina procesal ha denominado como “sentencia ficta”. Conforme al precepto indicado, “si no se oponen excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda perseguir la realización de los bienes embargados y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio”.

La mal denominada “sentencia ficta” se incorporó al Código de Procedimiento Civil por la Ley N° 7.760 de 1944. El antiguo artículo 493 (actual 472) disponía que, “si el ejecutado no dedujere oposición legal, se pronunciará también, a petición de parte, sentencia de pago o remate”. Así, con el pronunciamiento de la sentencia en el juicio ejecutivo, el ejecutado no perdía la posibilidad de deducir los recursos legales, incluyendo naturalmente el recurso de revisión. De igual forma, al obligar al juez a pronunciar sentencia se lograba un segundo control en la regularidad de la ejecución, posterior al que se debe practicar al despachar la ejecución (arts. 441 y 442 CPC). Esto significaba que aunque el deudor no opusiera excepciones, el ejecutado no perdía la posibilidad de liberarse de los efectos de la ejecución despachada en su contra.

En rigor, en la solución introducida en el art. 472 no hay técnicamente una sentencia, resultando un exceso dogmático estimar que allí pueda existir este acto en forma ficta. La sentencia judicial, como acto imperativo de un juez existe o no como tal en la realidad, resultando inapropiado estimar que esta puede darse en forma ficta.

Lo que en verdad allí se ha incorporado es simplemente una ficción, que en ningún caso se puede confundir con lo que jurídicamente es una sentencia judicial.

En síntesis de Gascón, las ficciones legales han sido presentadas tradicionalmente como el artificio jurídico más alejado de la verdad, el triunfo definitivo de la simulación y el engaño sobre la realidad: “un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero” (J. Betham), “una mentira técnica” (R. von Ihering), “una mentira convencional” que, sin embargo, tienen más fuerza que la “verdad verdadera”, pues ella “no ha menester rodearse de pruebas” (A. Bonilla); y en fin, un procedimiento oblicuo de construcción jurídica mediante la

cual “se da por existente lo que no ocurrió, o se da por no sucedido lo que aconteciera”¹⁰.

Ahora, que el Código Tributario acepte a través de una ficción continuar con la ejecución administrativa, cuando el deudor no opuso excepciones dentro de plazo, no obsta a que un contribuyente pueda instar remover ese gravoso estado por la vía jurisdiccional.

4. LA ACCIÓN DE MERA DECLARACIÓN

Aunque podrían existir alternativas administrativas para que el contribuyente haga cesar esta situación de incertidumbre jurídica que proviene de figurar como deudor de obligaciones tributarias prescritas, centraremos la atención en la acción de declaración de mera certeza como instrumento jurídico para obtener que actúe de un modo efectivo la prescripción extintiva.

Concretamente, en el campo procesal la incertidumbre jurídica generada con el surgimiento de la “sentencia ficta tributaria” puede ser removida mediante el ejercicio de una acción declarativa, también conocida como mero-declarativa¹¹.

Esta acción en nuestro medio debe su desarrollo fundamentalmente a la jurisprudencia, la que gradualmente ha ido definiendo las exigencias que tiene esta forma de protección jurisdiccional¹².

En el último tiempo, reconoce este campo de actuación de la jurisdicción frente a la administración la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de mayo

¹⁰ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid; Marcial Pons, 2ª ed. 2004, p. 147.

¹¹ El tema no es novedoso en materia tributaria. A modo de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de diciembre de 1983, declaró: “*Que al existir una verdadera contienda entre las partes en cuanto a la interpretación y alcance de una norma legal de carácter tributario, resulta plenamente válida la intervención del tribunal a fin de dar certeza y seguridad en esta relación jurídica y justamente para terminar con esa incertidumbre, el juez es llamado a resolver el conflicto. Tal como lo expresa en forma brillante el tratadista Giuseppe Chiovenda en su Tratado Institucional de Derecho Procesal Civil. Editorial de Derecho Privado. Madrid, p. 148: “El actor que pide una sentencia de declaración ... quiere solamente saber si su derecho existe, o quiere excluir toda duda sobre la inexistencia del derecho ajeno; pide al proceso la certidumbre jurídica y no otra cosa”. Y agrega “Esta producción de la certidumbre jurídica como fin en sí misma es, por una parte, la función más autónoma del proceso, porque procura un bien que no puede conseguirse de otra manera y es realmente la función más elevada del proceso civil”. Termina señalando que se facilita la vida social mediante la eliminación de dudas que se cruzan en el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas”* (C. de Ap. de Santiago, 30 de diciembre de 1983, RDJ, t. LXXX, sec. 2ª, p. 124). Dicha doctrina sobre la procedencia de la acción de mera certeza fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema, al rechazar los recursos deducidos por el Fisco.

¹² Entre otras, CS. 13 de noviembre de 1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 5ª, p. 242. C. de Ap. de Santiago, 29 de marzo de 1983, RDJ, t. LXXX sec. 2ª, p. 16. Un fallo completo de esta acción se dictó por el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, 23 de marzo de 1963, y está publicado en la RDJ, t. LX, sec. 2ª, pp. 63-76. Un estudio doctrinal reciente del tema, cfr. Ugarte Soto, Alfredo; Alonso Ducci, Julio, “Las acciones declarativas de mera certeza ante los tribunales tributarios y aduaneros”, en *Estudios de Derecho Privado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 337-350. Con anterioridad, Soto Kloss, Eduardo, “La acción de mera certeza”, en *Derecho Administrativo*, Santiago: LegalPublishing, 2ª ed. 2010, pp. 685-693.

de 2009, pronunciada en los autos caratulados “Banco del Estado de Chile con Fisco de Chile”, al señalar: *“Sexto: Que, debe expresarse que según se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia, la acción de mera certeza, ...sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria (Sentencia dictada en causa Rol N° 6.307-2005, del fecha 08.06.2005, del 29° Juzgado Civil de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago). En consecuencia, se trata de una situación de incertidumbre, que afecta a la agraviada, que la autoriza a exigir del órgano jurisdiccional –llamado precisamente a declarar con fuerza legal el derecho aplicable–, se le clarifique su esfera subjetiva, precisando su campo de acción y los límites que la afectan, pronunciamiento que únicamente podrá obtener mediante una acción declarativa de derechos, como ha sucedido en la especie”*¹³.

En este caso, la acción se encaminó a declarar el fin a un estado de incertidumbre jurídica que proviene del hecho de figurar como deudor de una obligación tributaria, no obstante haber transcurrido con creces el plazo de prescripción, y existir en contra del contribuyente “una sentencia ficta tributaria”.

El interés material, patrimonial o moral que justifica la necesidad de conceder este tipo de protección en este caso es evidente: el actor figura como deudor de una obligación prescrita, que la Tesorería no ha declarado incobrable, no obstante haber transcurrido los plazos de prescripción que deben llevar a liberar al contribuyente de esta obligación tributaria.

Ahora, la protección jurídica que se logra por este camino queda amparada por el efecto de cosa juzgada, el Fisco está impedido de poder utilizar alguna vía administrativa o judicial para intentar nuevamente el cobro de las obligaciones prescritas.

5. LA JURISPRUDENCIA *PRO LIBERTATIS*

La jurisprudencia ha aceptado que se pueda deducir en contra del Fisco acciones tendientes a poner término al estatuto de privilegio surgido en torno al cobro de obligaciones tributarias, que hagan operativa la institución general de la prescripción en el caso de la “sentencia ficta tributaria”.

Aunque el Código Civil se anticipó a poner límites en esta materia, al disponer en el art. 2497 que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, en la práctica ha

¹³ CS, 28 de mayo de 2009, Rol N° 6585-2007.

surgido un privilegio procesal que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha comenzado a revertir.

Resume con claridad este logro judicial la sentencia de nuestra máxima autoridad judicial, de 30 de noviembre de 2009, al declarar: *“que el silencio normativo sobre este punto de ninguna manera autoriza para sustentar (...) la hipótesis de que, en lo sucesivo, no pueda iniciarse una nueva prescripción, pues ello equivaldría a consagrar en la situación descrita la imprescriptibilidad de la acción de cobro tributario. Es menester recordar a tal respecto que la prescripción extintiva, como institución vinculada al interés colectivo implícito en la mantención de la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas y de la paz social, tiene aplicación general dentro del ordenamiento. Bajo tal premisa, la imprescriptibilidad reviste carácter excepcional y debe fundarse en el texto expreso de la ley (...)”*.

Entre otras, son ejemplos de la aceptación de esta solución liberatoria del privilegio en la litigación para el contribuyente las siguientes:

1. La sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de noviembre de 2009, pronunciada en los autos caratulados “Rojas Williams, Hernán Osvaldo con Tesorería Regional de Antofagasta”. Para lo que aquí interesa, allí se resolvió:

“Decimotercero: Que asentado como principio que a la interrupción de la prescripción por el requerimiento judicial puede seguir una nueva prescripción, procede dilucidar en qué circunstancias y condiciones ello habrá de ocurrir.

La respuesta a esta interrogante debe entenderse supeditada a la suerte que corra el juicio en que se ha ordenado dicho requerimiento, proceso que se encuentra regulado en el Título V del Libro III del Código Tributario Del Cobro Ejecutivo de las Obligaciones Tributarias de Dinero”, que debe llevarse adelante por el Servicio de Tesorería (artículos 168 a 199) y que, en lo concerniente a la tramitación y fallo de las excepciones opuestas por el ejecutado, se rige por las disposiciones de los artículos 467 a 474 del Código de Procedimiento Civil. Decimocuarto: Que en la línea de razonamientos recién esbozada, es menester proyectar una somera visión acerca de las diversas alternativas que pueden concurrir, una vez acaecido el acto interruptor, esto es, luego de la notificación del requerimiento: 1.– El contribuyente demandado no formula oposición mediante la presentación de excepciones. En este caso se omite la sentencia definitiva, rol que pasa a ser asumido por el mandamiento de ejecución y pueden presentarse dos situaciones: a) El Abogado Provincial, como representante del Fisco, lleva adelante todos los trámites destinados a la realización de los bienes embargados y a obtener el pago de las acreencias adeudadas (artículos 181, 184, 185, 189 y 199 del Código Tributario y 472 del Código de Procedimiento

Civil); b) El Abogado Provincial no realiza trámite alguno, luego del requerimiento judicial, orientado a la subasta y pago de los créditos adeudados por el contribuyente. 2.– El demandado formula oposición. Caben en esta situación las siguientes alternativas: a) Las excepciones deducidas son acogidas por el Tesorero Regional o por el Abogado Provincial, en su caso (artículo 178 del Código Tributario). b) El Tribunal ordinario, a quien se remite el expediente al no haberse acogido las excepciones por el Abogado Provincial, rechaza la oposición mediante sentencia definitiva que adquiere ejecutoriedad (180 y 182 del Código Tributario), c) El Tribunal Ordinario acoge la oposición del demandado, absolviéndolo de la ejecución. 3. – Se declara abandonado el procedimiento (artículos 2 y 201 inciso penúltimo del Código Tributario, 152 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

Decimoquinto: Que reseñados en los términos que se han referido los diversos cursos que puede adoptar el procedimiento de cobro ejecutivo de impuestos una vez practicado el requerimiento, es dable concluir racionalmente que tanto en las hipótesis donde se acoge la oposición del demandado (por el Tesorero Regional, por el Abogado Provincial o por la Justicia ordinaria, en su caso) como en aquella en que sobreviene el abandono del procedimiento, el efecto interruptivo del requerimiento ha cesado. En cambio, en aquellos casos donde la interrupción ha producido el efecto que le es propio de detener el curso de la prescripción, como ocurre con la sentencia condenatoria en que se rechaza la oposición del demandado y en las situaciones en que sólo existe requerimiento judicial al que no sigue actividad alguna del órgano fiscal tendiente a continuar la ejecución –como ha ocurrido en el caso sub judice–, la prescripción se inicia de nuevo a contar de la fecha en que aquella sentencia queda ejecutoriada, en la primera de esas situaciones, y desde la data del requerimiento, en la segunda de ellas.

Decimosexto: Que la nueva prescripción que se inicia a partir de los tiempos indicados debe necesariamente conservar la naturaleza y caracteres de la precedente, teniendo en consecuencia su misma duración, por lo que el plazo por el cual habrá de extenderse no puede ser otro que el señalado en el artículo 201 del Código Tributario, en su remisión al artículo 200 del mismo Código.

Decimoséptimo: Que de conformidad a lo razonado, en el caso a que se refiere el presente recurso, luego de producida la interrupción de la prescripción liberatoria con el acto del requerimiento judicial y no habiéndose practicado posteriormente diligencia alguna que activase la ejecución, debe entenderse que, a partir de la fecha misma de dicho requerimiento, comenzó a correr una nueva prescripción.

Al no haberlo entendido así, la sentencia impugnada vulneró los pre-citados artículos 201 del Código Tributario; y 2492 y 2514 del Código Civil, como también el artículo 2497 de este cuerpo normativo, según el cual las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”¹⁴.

2. La sentencia de la Corte Suprema 5 de Octubre de 2009, en los autos caratulados “Bravo Tobar, Salvador con Tesorería Regional de Antofagasta” (Rol N° 1113-2008), al declarar: “1°) *que la prescripción extintiva que en autos corría a favor del demandado, el contribuyente Raúl Salvador Bravo Tobar, se interrumpió civilmente al notificársele el requerimiento judicial de pago formulado por el fisco el día 28 de Mayo de 2003.* 2°) *Que, con posterioridad a la fecha señalada, no se realizó por dicho actor gestión judicial alguna para activar el procedimiento ejecutivo, razón por la cual, a partir de la fecha del requerimiento, se inició una nueva prescripción.* 3°) *La demanda deducida en estos autos, mediante la cual se impetra la declaración de prescripción extintiva de las acciones ejercidas por el Fisco para el cobro tributario quedó tácitamente notificada el 18 de Junio de 2007 al contestar ésta la demanda, con esa fecha; esto es, cuando ya había transcurrido en exceso el plazo ordinario de prescripción de 3 años aplicables en la especie, en virtud de lo dispuesto por el artículo 201 del Código Tributario”.*

¹⁴ CS, 30 de noviembre de 2009. Rol N° 1.976–2008. La misma sentencia dejó sentado otras declaraciones jurídicas de gran interés: “Noveno: *Que la prescripción extintiva o liberatoria de las acciones judiciales, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil, requiere para configurarse de la inactividad del acreedor y del deudor durante el tiempo que al respecto señala la ley; cuando semejante inactividad cesa, ya sea por parte del acreedor que reclama su derecho o bien por parte del deudor que reconoce la existencia de la deuda, puede afirmarse, en términos generales, que la prescripción en curso se interrumpe. La interrupción de la prescripción, ceñida a las regulaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, acarrea una doble, consecuencia: detiene el curso de la prescripción, provocando la pérdida del tiempo ya transcurrido de la misma y hace posible que, al cese de tal efecto, comience a correr una nueva prescripción.* Décimo: *Que el antes citado artículo 201 del Código Tributario, refiriéndose en su inciso 2° a los efectos de las causales de interrupción señaladas en los números 1 y 2 de su inciso anterior; señala que en el caso de la primera de ellas –cuando interviene reconocimiento de la obligación– a la prescripción establecida en dicho precepto sucederá la de largo tiempo del artículo 2515 del Código Civil; y tratándose de la causal prevista en el número 2, empezará a correr un nuevo plazo de prescripción, que será de tres años, el cual sólo se interrumpirá por el reconocimiento u obligación escrita o por el requerimiento judicial.* Undécimo: *Que, en cambio, nada dice la mencionada norma legal acerca del efecto de la interrupción de la prescripción mediante el requerimiento judicial, previsto en su numeral 3°. Se ha explicado semejante omisión expresándose que “el silencio del legislador es perfectamente comprensible en esta materia porque el requerimiento judicial supone que el Fisco acreedor está ejerciendo su derecho para exigir el cumplimiento forzado de la obligación tributaria; luego obtener la cancelación del crédito ejecutivo, no tiene objeto establecer un plazo cuya iniciación estaría suspendida mientras dura el juicio y una vez terminado éste, normalmente se habrá satisfecho la deuda”* (Emilio Charad Daud. “El Código Tributario”, Prensa Latinoamericana S.A. Santiago de Chile. 1970, p. 586).

3. En la sentencia de la Corte Suprema de 28 de abril de 2010¹⁵. En este caso se dedujo en juicio de hacienda una acción para declarar la prescripción extintiva. Según el certificado otorgado por la Tesorería Regional de Antofagasta, la actora figuraba como deudora del Fisco de Chile por el pago de impuestos por varios periodos, incluyendo los intereses, reajustes y multas. No obstante ello, habían transcurrido a la fecha de la demanda más de 10 años, desde que las obligaciones se hicieron exigibles¹⁶.

La Corte Suprema, después de sentar los plazos en que se habría hecho exigible la obligación, concluyó: *“Cuarto: Que en estas condiciones resulta evidente que, a la fecha en que la contribuyente morosa fue notificada y requerida de pago en las mencionadas causas ejecutivas de cobro de impuestos, esto es, al momento en que se hizo efectivo a su respecto el “requerimiento judicial que sanciona el N° 3 del inciso 2° del artículo 201 del Código Tributario, había transcurrido el plazo de tres años –aplicable en la especie– necesario para que se configure la prescripción extintiva de la acción alegada por la actora”*; *“Quinto: Que de esta manera forzoso es concluir que la acción de cobro ejercida por el Servicio de Tesorerías en los expedientes administrativos N° 501/2003 y 547/2006 ha prescrito, y al no entenderlo así los jueces del fondo, incurrieron en los yerros jurídicos alegados a través de este medio de impugnación, vulneración que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, lo que determina que el presente recurso de casación debe ser acogido, dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo”*.

4. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de noviembre de 2009, pronunciada en los autos caratulados “Bordachar Sotomayor, Gerard Philippe con Fisco de Chile” (Rol N° 7591-2007). También en este caso se liberó al contribuyente por la vía de la acción de declaración del gravamen que significaba mantener indefinidamente vigente la obligación tributaria.

¹⁵ LegalPublishing N° 43820.

¹⁶ La defensa del Fisco en este caso fue la siguiente: de conformidad a lo prescrito en sus artículos 168 y 176 del Código Tributario la contribuyente tenía un plazo de diez días hábiles para oponerse a la ejecución, en que debió acreditar alguna de las excepciones que contempla el artículo 177 del mismo texto legal, situación que en los hechos no ocurrió. Asimismo, se alega que las normas tributarias que rigen las prescripciones de la acción de cobro que tiene el Fisco tienen un grado de especialidad por sobre las normas sustantivas que son ya de un carácter general. Desde luego, al haberse girado los impuestos a pagar a la demandante, se inicia simultáneamente el plazo de cobro el cual si se ejerce dentro de los tres o seis años, según sea, se interrumpe con el reconocimiento u obligación escrita o por el requerimiento judicial. Como se produjo esto último, tal como se señaló, se produce una interrupción del plazo de prescripción de la acción de cobro, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 201 N° 3 del Código impositivo. Así, al haber ocurrido tal interrupción, no puede pretender la demandante aseverar que la acción del fisco, se encuentra del todo prescrita cuando tuvo el plazo para invocar tal hecho y no lo efectuó.

Son interesantes de esta sentencia las siguientes declaraciones:

“2º) Que, según manifiesta el demandante, desde que la deuda se hizo exigible han transcurrido casi nueve años, sin que se haya verificado el pago, término en el cual la Tesorería General de la República tampoco ha concluido el trámite de cobro administrativo para pasar a la instancia de cobro judicial ante el competente Juzgado Civil, razón por la cual, en su concepto, tales obligaciones tributarias se hallarían prescritas de conformidad con lo que dispone el artículo 201 del Código Tributario, que contempla un plazo de tres años, contados desde la expiración del plazo legal en que debió ejecutarse el pago, para que el Fisco persiga el cumplimiento de tales obligaciones. Agrega que el plazo de prescripción se interrumpe desde que intervenga notificación administrativa de un giro o liquidación y empezará a correr un nuevo término de tres años, que sólo se interrumpirá por el reconocimiento u obligación escrita, concluyendo que habiendo transcurrido prácticamente nueve años desde la dictación de la nómina de deudores morosos, tales obligaciones tributarias se encuentran prescritas en una u otra hipótesis.

3º) Que, por otra parte, la posición del Servicio de Tesorerías es que la prescripción que afecta a la acción de cobro del Fisco, está regulada por los artículos 201 y 202 del Código Tributario, de manera que para determinar si las obligaciones materia de la demanda se encuentran prescritas o no debe tenerse en consideración la fecha de vencimiento legal de las deudas, la fecha en que el Servicio de Impuestos Internos liquidó, giró y notificó al contribuyente deudor de los impuestos de que se trata y, además, la fecha en que el Servicio de Tesorerías demandó, notificó y requirió de pago al contribuyente deudor.

4º) Que, en derecho, el tiempo, con el concurso de otros factores, opera como causa de adquisición o pérdida de derechos y, en el caso de la prescripción extintiva, ésta produce la extinción de un derecho como consecuencia de la inercia del titular, prolongada por un tiempo determinado, institución concebida por el legislador como un modo de darle estabilidad a las relaciones jurídicas.

5º) Que, en el presente caso, se encuentra acreditado en autos que el demandante fue notificado de su inclusión en la nómina de deudores morosos el 12 de diciembre de 1997, hecho que produjo el efecto de interrumpir a su respecto la prescripción extintiva de sus obligaciones impositivas, conforme a lo dispuesto por el artículo 201 N° 2 del Código Tributario; no obstante lo cual, en virtud de lo dispuesto por el inciso tercero de la misma disposición, comenzó a correr un nuevo término de tres años, el cual sólo podría haberse vuelto a interrumpir por el reconocimiento u obligación escrita o por requerimiento judicial, todo lo cual no se ha probado que haya ocurrido en la especie y, por consiguiente debe concluirse que dicho plazo transcurrió en exceso.

- 6º) Que, como consecuencia de lo razonado necesariamente deberá revocarse la sentencia en alzada y acoger la demanda de fojas 5 y siguientes por haberse producido la prescripción extintiva de los tributos materia de la acción y que se encuentran singularizados en el Certificado de Deuda otorgado por la Tesorería General de la República que rola a fojas 1.”

LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

Doctor en Derecho Penal Universidad de Salamanca

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN*

La prescripción en materia penal se regula en nuestro ordenamiento como una de las causales de extinción de la responsabilidad penal, ya sea en tanto prescripción de la acción penal y en cuanto prescripción de la pena (art. 93 N°s 6 y 7 del Código Penal, en adelante “CP”). Se trata de una materia que ha sido intensamente debatida tanto en el Derecho nacional como comparado. Su existencia parte del reconocimiento de que, cumplidos ciertos plazos, la pretensión estatal de perseguir una conducta delictiva o de hacer cumplir una pena ya establecida, pero que no ha sido cumplida o que ha sido quebrantada, ya no puede hacerse efectiva¹.

El presente artículo, entonces, tiene como objetivo analizar los principales aspectos dogmáticos y prácticos de la prescripción en el Derecho penal chileno, valiéndonos principalmente de la valoración crítica de la doctrina y jurisprudencia nacional, sin perjuicio de algunas referencias al Derecho comparado que se estimaron relevantes en los distintos aspectos a desarrollar.

* El autor agradece la colaboración en la elaboración del presente trabajo de don Ignacio Araya Paredes (Egresado de Derecho, U. de Chile).

¹ Sobre el fundamento de la prescripción en la jurisprudencia, véase SSCS 22/01/2009, Rol N° 4329-2008; 13/05/2008, Rol N° 3872-2007; 12/11/2007, Rol N° 6626-2005; 05/05/2009, Rol N° 5024-2008; 03/05/2008, Rol N° 3872-2007.

II. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA

Previo a analizar las particularidades de la prescripción en el Derecho penal chileno, debemos referirnos a la intensa discusión que ha existido en Derecho comparado, y que ha alcanzado también a nuestra doctrina y jurisprudencia, respecto a los fundamentos y a la naturaleza jurídica que tiene la prescripción penal².

1. FUNDAMENTOS

La existencia de la prescripción en el Derecho penal ha sido fundamentada desde diversas perspectivas, que buscan responder a la interrogante de “por qué transcurrido cierto tiempo desde la comisión de un hecho desaparece por completo la necesidad de su castigo”³.

Se ha señalado por algunos que el fundamento sería la *renuncia* del Estado a perseguir y castigar delitos, en virtud del transcurso de cierto período de tiempo⁴. Olvida esta tesis que la acción penal no es renunciable ni se encuentra a completa discreción de los órganos estatales competentes⁵, sino que los poderes públicos están legitimados a recurrir al *ius puniendi* en respuesta a ciertas necesidades sociales consideradas especialmente valiosas, por lo que “con la mera apelación a la idea de renuncia estatal se ignora la posibilidad de que con el paso del tiempo la necesidad de castigo haya desaparecido por completo y, por tanto, el Estado esté obligado a prescindir de la pena”⁶.

También se ha pretendido buscar su justificación en el derecho del acusado a un *proceso sin dilaciones indebidas*. Así, se ha señalado que la prescripción es una institución que busca proteger este derecho⁷. Las dificultades de esta tesis radican en que (i) no explican los casos en que las dilaciones han sido provocadas por la propia conducta del acusado

² Para un análisis detallado de estas problemáticas desde el Derecho comparado, cfr. Ragués I Vallès, Ramón: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 21 ss.

³ *Ibid.*, p. 23. A juicio de este autor, en una apreciación que compartimos plenamente, la prescripción es “un sistema construido sobre dos grandes pilares: primero, la necesidad de que transcurra cierto tiempo desde la comisión de un presunto hecho delictivo para considerar extinguida la responsabilidad penal; y, segundo, la vinculación existente entre la mayor o menor gravedad de la infracción cometida y el tiempo que debe transcurrir para que ésta prescriba”.

⁴ Cfr. Faraldo Cabana, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 96.

⁵ Cfr. Guzmán Dálbora, José Luis: “Comentario a los artículos 93 a 105”, en Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Dirs.): *Texto y Comentario del Código Penal chileno*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 461.

⁶ Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., p. 25.

⁷ Cfr. Pastor, Daniel R.: *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 39, 46-48 y 51-52.

(p. ej. cuando se encuentra en rebeldía), en los cuales el ordenamiento jurídico acepta sin embargo la eventual prescripción; y (ii) la existencia, conforme al Derecho vigente, de delitos imprescriptibles, en los cuales no existe “plazo razonable” alguno para su persecución⁸.

Se ha dicho además que el fundamento sería la *seguridad jurídica*, pues “la necesidad social de castigar se reduce hasta ser inferior a la también apremiante –y en estas circunstancias prevalente– necesidad social de preservar la paz social mediante la consolidación de la situación jurídica”⁹. La crítica a esta postura señala que dicha seguridad en realidad no sería vulnerada en tanto los sujetos supieran con antelación que sus conductas delictivas nunca dejarán de estar sujetas a eventual persecución penal y que, más aún, de aceptar este fundamento, no podríamos reconocer la existencia de delitos imprescriptibles en nuestro ordenamiento, en tanto ellos serían *per se* un atentado a la seguridad jurídica¹⁰.

Otros han pretendido encontrar su fundamento en una *sanción a las autoridades públicas y sus funcionarios por su inactividad*¹¹. Aunque debemos reconocer que efectivamente los plazos de prescripción surten en la práctica el efecto de incentivar a las autoridades a perseguir las responsabilidades penales que correspondan, lo cierto es que no se puede fundamentar la prescripción penal en tal consideración, en tanto los plazos de prescripción, tanto de la acción penal como de la pena, se establecen en atención a la gravedad del hecho, siendo mayores en el caso de los crímenes (diez o quince años) que en los simples delitos (cinco años) y en las faltas (seis meses), por lo que la “sanción a la inactividad” sería más grave en los casos de hechos delictivos de menor entidad (faltas). Es más, la existencia de delitos imprescriptibles reconocería que, en ciertos casos, no existe sanción alguna a esta falta de actividad¹².

Un grupo de autores considera que la prescripción de la responsabilidad penal se justifica desde una *perspectiva procesal*¹³, en virtud de la cual

⁸ Cfr. Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., p. 26.

⁹ Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal Parte general*, 7a Ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 798. Esta parece ser la postura mayoritaria en la doctrina chilena. Cfr., además, Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 462, y Etcheberry Orthusteguy, Alfredo: *Derecho penal. Parte general*, T. II, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 256.

¹⁰ Cfr. Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., pp. 28-29. Precisamente bajo este fundamento, Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 462, critica la existencia de delitos imprescriptibles. A su juicio, “mantener a un ciudadano indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, contrasta con una apremiante exigencia de humanidad, aspecto de la idea del derecho sobre cuya importancia para el Derecho penal contemporáneo huelga insistir” (énfasis en el original).

¹¹ Cfr., en el Derecho francés, Guinchard, Serge y Buisson, Jacques: *Procédure pénale*, LITEC, París, 2000, p. 458, para quienes se trata de una sanción a la negligencia de los órganos procesales (citado por Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., pp. 29-30, nota 29).

¹² Cfr., con referencias al derecho español, Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., pp. 29-30.

¹³ Se trata de una noción que ya se encontraba en los albores del Derecho penal moderno. Cfr. Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas* (trad. De las Casas, Juan Antonio), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, para quien “[...] las leyes deben fijar un cierto espacio

“la prescripción se justificaría por las dificultades probatorias que el distanciamiento temporal entre la comisión del delito y el procesamiento traería aparejadas, situación que podría traducirse en sentencias erradas”¹⁴. No es posible aceptar tales argumentaciones, pues (i) la dificultad probatoria no es una cuestión que se relacione necesariamente con el transcurso del tiempo (p. ej. un homicidio cometido años atrás puede ser acreditado con mayor facilidad que uno llevado a cabo recientemente); (ii) no se explica la existencia de distintos plazos de prescripción, establecidos según la gravedad del delito, sin consideraciones respecto a cuestiones probatorias; y (iii) bajo esta perspectiva sólo podría explicarse la existencia de la prescripción de la acción penal, en tanto en la prescripción de la pena no existe problema probatorio alguno, pues la responsabilidad penal ya fue acreditada en el juicio penal que determinó la condena del sujeto¹⁵. Una variante de esta tesis considera que la prescripción se funda en el derecho a defensa del acusado, en tanto el paso del tiempo debilitaría la producción de medios de prueba idóneos para ejercerlo¹⁶, posición que podemos criticar por las mismas razones anteriores.

Para otro sector, la prescripción se relaciona con los *finés que se asignan a la pena*¹⁷. En este sentido, en nuestra doctrina, Garrido Montt considera como uno de sus fundamentos el hecho de que “el delincuente no ha sido sancionado y sin embargo no ha incurrido en reiteración de comportamientos análogos; esto significaría que se ha reinsertado en el ámbito social, lo que hace aconsejable no modificar ese estado de cosas”¹⁸, es decir, se relacionaría con la prevención especial.

Nos parece que el verdadero fundamento de la prescripción de la responsabilidad penal debemos encontrarla en los *finés del Derecho penal*. Sin perjuicio del punto de partida que se tome a este respecto, lo cierto es que en cualquier caso deberemos recurrir al Derecho penal solamente para sancionar aquellas conductas que perturben de forma especialmente grave a la sociedad, por lo que “cuando un acontecimiento se ha convertido ya en historia no tiene sentido que el Estado responda punitivamente, pues tal suceso habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al presente modelo social”¹⁹. Siguiendo a Ragués I Vallès, consideramos que “los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en

de tiempo para las pruebas de los delitos, y el juez vendría a ser legislador si estuviese a su arbitrio determinar el tiempo necesario para probar un delito”.

¹⁴ Garrido Montt, Mario: *Derecho penal. Parte general*, T. I, 4ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 388, con críticas.

¹⁵ Cfr., con referencias al Derecho español, Ragués i Vallès, Ramón, op. cit., pp. 30 ss.

¹⁶ Cfr. Rey González, Carlos: *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 53-55.

¹⁷ Cfr. Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., pp. 34 ss., para un análisis pormenorizado de estas posturas en el Derecho comparado.

¹⁸ Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 388.

¹⁹ Ragués I Vallès, Ramón, op. cit., p. 42.

peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción”²⁰.

Finalmente, debemos reconocer –como ya hemos adelantado en nuestras críticas a las distintas teorías que fundamentan la prescripción– que tanto en el Derecho internacional como en nuestro ordenamiento interno hay ciertos delitos, considerados especialmente graves, que han pasado a considerarse como *imprescriptibles* (p. ej. los denominados *delitos de lesa humanidad*)²¹. La explicación de tales excepciones no requiere cambiar nuestras conclusiones sobre el fundamento de la prescripción, pues –en palabras de Silva Sánchez–, “la propia doctrina que justifica la prescripción de los delitos con base en la idea de que ‘el tiempo todo lo cura’ ha de admitir que algunas heridas no cierran nunca”²².

2. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la prescripción penal es una materia que ha sido ampliamente discutida por la doctrina, existiendo al menos tres tesis que pretenden explicarla²³.

En primer lugar, algunos la consideran una *institución procesal*, “por guardar una relación indisoluble con la aplicación del Derecho penal”²⁴, en cuanto lo suprimido por el paso del tiempo es la acción para perseguir el delito o la ejecución de la pena, no los elementos del delito, razón por la que debería ser tratada en el Código de procedimiento²⁵. Tal solución es criticada por Guzmán Dálbora, pues a su juicio –acertadamente– la prescripción “[s]e acomoda mal a una visión procesalista que la medida de los plazos prescriptivos dependa de la gravedad del delito y en su caso, de la entidad de las penas; que la prescripción del primero se cuente

²⁰ Ibíd., p. 45.

²¹ Asimismo, nos parece que el reconocimiento de esta clase de delitos es poco discutible en nuestra legislación, al tenor del art. 250 inc. final del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General*, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 583.

²² Silva Sánchez, Jesús: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, 2009, p. 40.

²³ Para una exposición general de las distintas teorías, cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Wiegend, Thomas: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. Olmedo Cardenete, Miguel), 5ª Ed., Comares, Granada, 2002. En el Derecho chileno, cfr., por todos, Garrido Montt, Mario, op. cit., pp. 388-389.

²⁴ Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. I, 6ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 224.

²⁵ Esta es la postura al parecer mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana. Cfr., por todos, Roxin, Claus: *Derecho penal. Parte general* (trad. Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), T. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 989, para quien “[...] la querrela, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho”; y la jurisprudencia citada en Jescheck/Wiegend, op. cit., p. 983.

desde la fecha en que fue perpetrado, y no desde el día en que el Estado tomó conocimiento de él, así como que interrumpa la secuencia de toda suerte de prescripción la comisión de un nuevo crimen o simple delito por el prescribiente”²⁶.

En segundo lugar, se encuentran quienes siguen una *tesis material*, según la cual la prescripción pertenece al Derecho penal, en tanto “es posible advertir en ella una renuncia del Estado para ejercer su potestad penal cuando ha transcurrido un determinado tiempo desde la comisión del delito”²⁷. Esta es la tesis seguida, acertadamente a nuestro juicio, de forma unánime por la doctrina nacional²⁸. Partiendo de ella, Cury ha estimado que lo que prescribe no es la acción penal, sino que el delito “pues esta forma de prescripción no puede extinguir la responsabilidad penal cuando su existencia aún no ha sido declarada legalmente, sino sólo impedir que se la establezca o desestime”²⁹, conclusión que ha sido criticada acertadamente por la doctrina mayoritaria, pues “[e]l delito es un acontecimiento que no se borra por el transcurso del tiempo: lo que se acaba es el derecho a perseguir su castigo, o sea, precisamente lo que se llama ‘acción penal’”³⁰.

Finalmente, otros han dicho que su naturaleza jurídica es *mixta*, pues se “considera que la prescripción tiene naturaleza material y procesal, porque el transcurso del tiempo, junto con afectar a la necesidad de pena, crea dificultades de orden probatorio”³¹. Como bien ha señalado Garrido Montt, “darle un carácter dual a esta causal es colocarla en un plano de ambigüedad en cuanto a sus posibles consecuencias”³².

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la prescripción no es –como parecen dar a entender Jescheck/Wiegend– simplemente de carácter académico³³. Creemos, como ya ha expresado Guzmán Dálbora, que

²⁶ Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 462.

²⁷ Oliver Calderón, Guillermo: “La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 29-2, 2007 (2° Sem.), p. 259.

²⁸ Cfr., por todos, Cury Urzúa, Enrique, op. cit., pp. 797 ss; Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 388-389; Oliver Calderón, Guillermo, La aplicación..., pp. 258-259.

²⁹ Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 800.

³⁰ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257. En el mismo sentido, Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 388, quien destaca que “un comportamiento humano es imborrable como evento de la realidad fáctica”.

³¹ Garrido Montt, Mario, op. cit., pp. 388-389, con críticas a esta solución. Esta es la postura defendida, entre otros, por Jescheck/Wiegend, op. cit., p. 983. Existe un caso reciente en que se reconoció expresamente la naturaleza mixta de la prescripción penal (cfr. Corte Suprema, 10 de agosto de 2010, Rol N° 514-2010).

³² Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 389. También critica esta tesis, en la doctrina española, Gili Pascual, Antoni: *La prescripción en Derecho Penal*, Arazandi, Pamplona, 2001, pp. 47-49, para quien “si se afirma la impunidad, no existe ninguna necesidad de afirmar simultáneamente la falta de perseguibilidad”.

³³ Cfr. Jescheck/Wiegend, op. cit., pp. 982-983.

su determinación tiene una “repercusión capital” en materia de validez temporal de las normas que establezcan, modifiquen o dejen sin efecto plazos de prescripción de la responsabilidad penal, es decir, sobre el problema de su retroactividad³⁴. En efecto, si consideramos que tiene naturaleza procesal, las normas que la regulan o modifican regirían *in actum*, sin distinciones respecto a su favorabilidad, pudiendo alterarse entonces los plazos de prescripción en perjuicio del acusado o, incluso, revivirse plazos ya caducados. Si le otorgamos, en cambio, naturaleza penal, las disposiciones que la regulan o modifican estarán sometidas a los principios del Derecho penal, en lo que nos interesa, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable³⁵. Debemos reconocer, sin embargo, que la discusión se encuentra por lo pronto solucionada en el Derecho positivo, en cuanto el Código Procesal Penal dispone expresamente en su artículo 11 que “Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Nuestro Código Penal establece en su artículo 94 un sistema de cuatro diferentes plazos de prescripción, según la gravedad de la pena asignada al delito. Así, la prescripción de la acción penal será de quince años para los crímenes sancionados con pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos; diez años para los demás crímenes; cinco años para los simples delitos; y seis meses para las faltas³⁶. Lo anterior es sin perjuicio de las prescripciones especiales que se establecen para ciertos delitos, según dispone expresamente el inciso segundo de esta norma (véase *infra* VI).

Se discute en nuestra doctrina si para la prescripción de la acción penal debe considerarse la pena *en abstracto* o *en concreto*³⁷. Nos parece,

³⁴ Cfr. Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 463. De otra opinión, aunque arribando a soluciones similares, es Oliver Calderón, Guillermo, La aplicación..., pp. 260-261, para quien “para solucionar el señalado problema lo importante no es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción, sino analizar si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. Si resulta atacado, entonces debe concluirse que tal aplicación está prohibida. En caso contrario, la prohibición no le afecta”.

³⁵ Cfr., por todos, Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 799.

³⁶ Cfr. Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 466, para quien se trata de una distinción de plazos de tipo formal, a la que sólo hace excepción el criterio cuantitativo que se establece respecto a los crímenes más graves.

³⁷ Para el estado de la discusión, cfr. Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., pp. 466-467.

siguiendo a Cury, que se debiese estar a la pena en abstracto, pues de lo contrario sería necesario acreditar en el procedimiento las circunstancias que eventualmente modifiquen la responsabilidad penal³⁸.

La contabilización de los plazos de prescripción, a falta de norma expresa, debería hacerse según lo dispuesto en el artículo 48 del Código Civil³⁹.

2. MOMENTO EN QUE SE INICIA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

De acuerdo al artículo 95 del CP, “El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”. La aparente simpleza de la disposición legal citada oculta en realidad una serie de dificultades prácticas que han dado lugar a múltiples interpretaciones por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, por cuanto:

- (i) No se soluciona expresamente el problema de la prescripción de la acción penal en los delitos que exigen un resultado material (*delitos de resultado*) o de aquellos que requieren de la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad. Para un sector de la doctrina, “si ha mediado un plazo entre la acción misma y el resultado, debe considerarse ‘momento de comisión’ aquel en que se ejecuta la acción”⁴⁰, en tanto que para otros autores “un delito se entiende cometido en el momento en que termina su total realización por parte del delincuente [...] Por esta razón, si en un delito con resultado externo éste demora en producirse y se separa temporalmente de la acción en forma apreciable [...] ha de entenderse cometido el delito en el momento en que se produjo dicho resultado”⁴¹. A nuestro juicio, como la prescripción de la acción penal supone la existencia de un hecho típico, se deberán cumplir primero todos los requisitos establecidos en el tipo penal

³⁸ Cfr. Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 800.

³⁹ Cfr., por todos, Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, T. II, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 403.

⁴⁰ Cfr. Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257. En el mismo sentido, Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 801 y Garrido Montt, Mario, op. cit., pp. 390-391; y Rodríguez Collao, Luis: “Prescripción de la acción penal en el delito de bigamia” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 9, 1985, p. 293. Es crítico de esta solución, desde la doctrina española, Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Civitas, Madrid, 1977, p. 126, para quien “[a]ltender aquí al tiempo de la manifestación de voluntad podría acarrear gravísimas injusticias. En algunos casos el delito debería considerarse ya paradójicamente prescrito antes incluso de que se verificara su resultado”.

⁴¹ Novoa Monreal, Eduardo, op. cit., T. II, p. 404. Concluye este autor que la tesis según la cual “el delito debe entenderse cometido en el momento en que se completa o perfecciona la acción típica, con todas sus exigencias y circunstancias propias, entre éstas, la producción de un resultado si el tipo lo exige” es incuestionablemente el “criterio que mejor conviene a los términos del art. 95, que reclaman que el delito esté cometido, vale decir, que se hayan enterado todos los elementos o requisitos del tipo legal”. En el mismo sentido, Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., pp. 469-470.

para que comience el plazo de prescripción, por cuanto sólo en ese momento existe una conducta encuadrable en una hipótesis típica; así, cuando el respectivo tipo penal exija un resultado material (p. ej., en el homicidio, la muerte de la víctima) o una condición objetiva de punibilidad (p. ej., la declaración de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta), sólo existirá un hecho típico cuando se produzca el resultado o se cumpla la condición, momento desde el cual debe comenzar a correr el respectivo plazo de prescripción. En los delitos de mera actividad, como no se exige producción de resultado material, deberemos estar al momento en que el sujeto realice la correspondiente acción delictiva.

- (ii) No se distingue según el grado de desarrollo del delito ni respecto a la intervención que corresponda al sujeto en el hecho delictivo (autoría o participación en sentido estricto). Politoff/Matus/Ramírez consideran que “[c]uando el delito queda en grado de tentativa o frustración, la prescripción correrá desde el momento en que cese la actividad del delincuente. Esta prescripción corre para todos los partícipes por igual, incluyendo el autor mediato, salvo para el *encubridor*, cuya actuación posterior al delito fija para él solo el momento en que comienza a correr su prescripción”⁴². Cury estima, por su parte, que “el cómputo se inicia en la misma oportunidad tanto cuando el delito está consumado como frustrado. En los casos de tentativa, en cambio, debe principiarse cuando el autor efectúa el último acto de ejecución previa a la interrupción”⁴³ y que, basado en el artículo 102 del CP, “sus efectos extintivos de la responsabilidad penal operan en forma individualizadora”⁴⁴, por lo que el plazo de prescripción de la acción penal correrá, se interrumpirá y se suspenderá individualmente para cada sujeto interviniente.
- (iii) En los denominados *delitos permanentes*, en los cuales se exige “el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor [...] dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica”⁴⁵, como señala acertadamente Etcheberry, “no puede decirse que él sea cometido en un día preciso, sino que mientras se prolonga la actividad delictiva el delito se está cometiendo, y por

⁴² Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 584. Énfasis en el original.

⁴³ Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 801. Recordemos que para este autor el momento a considerar en el caso de la consumación y de la frustración será cuando se ejecuta la acción.

⁴⁴ Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 804. En el mismo sentido, Novoa Monreal, Eduardo, op. cit., T. II, p. 412.

⁴⁵ Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 7a Ed., Reppertor, Barcelona, 2007, pp. 227 y 228.

consiguiente el día que marca el comienzo de la prescripción será el día en que se termine la actividad delictiva”⁴⁶.

Sobre este punto, nuestra jurisprudencia ha estimado, en un criterio ya asentado, que “el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de ‘encerrar’ o ‘detener’ a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima”⁴⁷.

(iv) Respecto a los *delitos continuados*, que son aquellos “donde se trata de la reunión de pluralidad de actos individuales (cada uno de los cuales con carácter delictivo, si se considera por separado) que componen una sola acción por la homogeneidad de las formas de comisión y del propósito único, así como la existencia de un mismo bien jurídico afectado”⁴⁸, el plazo de prescripción de la acción penal en estos casos, señala un sector de la doctrina, “principia a correr cuando el autor termina de realizar el último de aquellos actos que lo conforman”⁴⁹. Pero Politoff/Matus/Ramírez advierten, acertadamente a nuestro juicio, que tal solución no es del todo correcta “puesto que su reunión en una sola figura delictiva resulta de una ficción doctrinal o legal que beneficia al reo, debe considerarse la prescripción de cada delito que los constituyen por separado”⁵⁰.

(v) En los *delitos habituales*, entendidos tales como “aquellos que la ley tipifica sólo cuando se produce la repetición de una determinada conducta antijurídica por un mismo sujeto activo, de manera que la acción aislada no es típica, pero su repetición da origen a incriminación penal”⁵¹, la prescripción, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, “se cuenta desde que se comete el último de los hechos típicos integrantes del conjunto”⁵². Cabe en este punto reiterar la misma crítica a la solución mayoritaria hecha con respecto a los delitos continuados.

⁴⁶ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257.

⁴⁷ SCS, 22/01/2009, Rol N° 4329-2008.

⁴⁸ Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 129.

⁴⁹ Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 391. En el mismo sentido, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257.

⁵⁰ Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 584. En el mismo sentido, Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 471.

⁵¹ Novoa Monreal, Eduardo, op. cit., T. I, p. 251.

⁵² Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 801. En el mismo sentido, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257; y Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 391.

(vi) En los denominados *delitos instantáneos de efectos permanentes*, que según ha señalado la doctrina no constituyen una categoría especial dentro de los delitos instantáneos, “sino que sólo persigue[n] poner de manifiesto que muchos delitos instantáneos no pierden su calidad de tales, por prolongados que fueren los efectos que ellos producen”⁵³ (p. ej. el delito de bigamia)⁵⁴, la prescripción de la acción penal comienza a correr desde el momento que concluye la conducta del sujeto, “puesto que la persistencia de esta última escapa al control de la voluntad del autor”⁵⁵.

3. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE ESTA CLASE DE PRESCRIPCIÓN

Según dispone el artículo 96 del CP, “Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido”⁵⁶.

Como aparece claramente del texto legal, la interrupción de la prescripción procede sólo en caso que se cometa un nuevo crimen o simple delito, excluyéndose en consecuencia las faltas. A lo anterior, la jurisprudencia reciente agrega que tampoco se deben incluir los cuasidelitos, “ya que la naturaleza de un delito culposo es absolutamente diversa de la del delito, sea porque en uno se requiere conducta dolosa en contraposición a la culpa o negligencia del otro, sea por la diferencia de penalidad de ambos, pero lo que es más relevante, el propio Código Penal en sus artículos 3º y 4º manifiesta el carácter diferente de ellos, al hacer extensiva la clasificación de los delitos en crímenes, simple delitos o faltas, a los cuasidelitos, lo que no habría sido necesario en el evento de considerarlos de similar naturaleza penal”⁵⁷.

⁵³ Rodríguez Collao, Luis, op. cit., p. 292. En el mismo sentido, Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 584.

⁵⁴ Sobre la prescripción de la acción penal en el delito de bigamia, Véase, por todos, SSCS 05/05/1992, Rol Nº 239.026; 07/05/1990, Rol Nº 26.469; y 21/12/1987, Rol Nº 26.175; SSCA de Rancagua, 18/11/2005, Rol Nº 983-2005; 30/08/2005, Rol Nº 880-2005; y 2/11/2003, Rol Nº 216.273. Algunas sentencias, sin embargo, han considerado erróneamente que la prescripción no comienza a correr en tanto se mantenga el estado de ilicitud (el segundo matrimonio). En este último sentido, véase, por todos, SSCS cit. en FM Nº 184, dic. 1973, p. 25; y FM Nº 232, mar. 1978, p. 27 (criticadas en Rodríguez Collao, Luis, op. cit., pp. 296 ss).

⁵⁵ Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 801. En el mismo sentido, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 257.

⁵⁶ Sobre la continuación de la prescripción en caso de paralización del procedimiento, la doctrina y jurisprudencia unánime reconocen que se trata de una impropiedad del legislador, en cuanto lo que en realidad ocurre es que ella continúa como si nunca se hubiera suspendido. Cfr., por todos, Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 476. En el mismo sentido, resaltando los diferentes efectos de la interrupción y la suspensión, cfr. SCS, 08/05/2008, Rol Nº 6930-2007.

⁵⁷ SCA de Concepción, 15/10/2008, Rol Nº 364-2008.

Sobre el momento en que se entiende que el proceso se dirige contra el sujeto, se ha entendido que, en principio, esto sucede cuando se produce su formalización (Cfr. art. 233 letra b) del Código Procesal Penal)⁵⁸, cuando se presenta la respectiva querrela en contra del imputado⁵⁹ y, reconociendo que la formalización no procede en todos los casos, la jurisprudencia ha estimado que “en el procedimiento simplificado y en el procedimiento monitorio no existe el trámite de la formalización de la investigación, por lo que la actividad fiscal está dada por el requerimiento, que constituye la manifestación genuina de la pretensión del ministerio público. En la situación del procedimiento monitorio, la actividad de la Fiscalía necesaria para producir el efecto de suspender la prescripción se traduce en el requerimiento que debe formular el fiscal de conformidad con el artículo 392 del Código Procesal Penal. Así, si el fiscal efectúa un requerimiento en contra de un imputado y este requerimiento da origen a un procedimiento monitorio, es obvio que está dirigiendo el procedimiento en su contra”⁶⁰. Finalmente, es necesario hacer presente que también hay jurisprudencia que ha sostenido que inclusive antes de la formalización de la investigación se puede interrumpir la prescripción, fijando este momento a partir de la “primera actuación del procedimiento”, en los términos del artículo 7° del Código Procesal Penal⁶¹.

Respecto a la suspensión de la acción penal, se ha establecido en la jurisprudencia un concepto amplio⁶². A su vez se ha dicho, respecto a su ámbito de aplicación, que “el legislador, en lo relativo a la suspensión del término de prescripción de la acción penal, a diferencia de lo que sucede con la interrupción, no hace distingo pudiendo haberlo hecho entre crímenes, simples delitos y faltas, por lo que necesariamente debe concluirse que, para que pueda declararse la prescripción de la acción en un hecho contravencional constitutivo de falta, en que ya se ha dirigido la acción en contra del inculpado, el proceso del caso requiere, obligatoriamente, una paralización de a lo menos tres años”⁶³.

⁵⁸ Véase SCS, 04/01/2010, Rol N° 5511-2009.

⁵⁹ Véase SCS, 08/10/ 2008, Rol N° 2179-2008. Es más, como señala este fallo, se debe estar a la fecha en que se presentó la querrela, sin importar si ella posteriormente fue rectificad.

⁶⁰ SCA de Concepción, 25/04/2008, Rol N° 156-2008.

⁶¹ Véase SCS 04/01/2010, Rol N° 5511-2009; 13/06/2006, Rol N° 2693-2006; 19/02/2004, Rol N° 5362-2003.

⁶² Véase SCS 05/05/2009, 5 de mayo de 2009, Rol N° 5024-2008, según la cual “el artículo 96 contiene un principio absoluto, simple e inequívoco en orden a que si el pleito se detiene por el lapso de tres años, la prescripción debe continuar como si no se hubiere suspendido, sin indicar los motivos que puedan originar dicha inmovilización ni hacer distinciones ni excepciones al respecto, por lo que, dentro del sentido natural y obvio de la disposición, no es dable restringir su alcance a las causas que estancan el litigio según el Código de Procedimiento Penal”.

⁶³ SCA de Concepción, 04/01/2007, Rol N° 1953-2004.

4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y PROCESO PENAL

Como causal de extinción de la responsabilidad penal, la prescripción de la acción penal requiere ser analizada en relación a la forma en que ella debe ser aplicada en un proceso penal iniciado o por iniciarse, en virtud del cual se pretenda hacer efectiva la responsabilidad penal de un sujeto, estando la correspondiente acción penal ya prescrita. Se trata de un problema especialmente complejo, en tanto el Código Procesal Penal introdujo en nuestro ordenamiento una serie de normas relativas a la prescripción, que no se encontraban en el antiguo Código de Procedimiento Penal⁶⁴.

En este sentido, el artículo 250 del Código Procesal Penal reconoce una serie de causales de sobreseimiento, entre las cuales se encuentra la prescripción de la acción penal. Se ha estimado –acertadamente– que existe un orden de prelación entre ellas, por lo que la prescripción se aplicará sólo cuando no se verifiquen las causales de sobreseimiento establecidas en las letras a), b) y c) de este artículo 250⁶⁵.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El legislador nacional, según consta en el artículo 97 del Código Penal, estableció un sistema de plazos de prescripción de la pena similares a los establecidos en materia de prescripción de la acción penal. Así, al igual que la prescripción de la acción penal, el plazo de prescripción de la pena será de quince años para los crímenes sancionados con pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos; diez años para los demás crímenes; cinco años para los simples delitos; y seis meses para las faltas.

Esta similitud de plazos puede ser criticada desde una doble perspectiva. Primero, pues trata de forma similar dos materias que deben ser valoradas de forma distinta; así, es más grave haber llevado a cabo un hecho típico, estando ya determinada la responsabilidad penal mediante una condena

⁶⁴ Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., pp. 582-583, quienes señalan que “[...] mientras al fuego de la discusión acerca de su carácter penal o puramente procesal penal –que tendría efectos en su apreciación con o sin efecto retroactivo parece agregar combustible el nuevo CPP (2000) –que contiene una regulación acerca de la prescripción antes desconocida en el ordenamiento procesal (arts. 233, letra a); 248, inc. final y 250 inc.final)–, este mismo cuerpo normativo lo apaga definitivamente, al menos en lo que toca a sus efectos prácticos, al establecer que, en todo caso, las leyes procesales tampoco tienen efecto retroactivo, salvo que sean más favorables al reo (art. 11)”.

⁶⁵ Cfr. Oliver Calderón, Guillermo: “¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del Código Procesal Penal?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31-2, 2008 (2° Sem.), pp. 357-366.

en el respectivo proceso penal, que simplemente haber realizado una conducta encuadrable en una hipótesis típica, la que no ha sido objeto de persecución penal, y, por otro lado, pues los plazos de prescripción de la pena son en algunas oportunidades menores a los que corresponden a las penas a ser aplicadas para el delito en particular, por lo que eventualmente estaremos ante casos en que el sujeto que fue condenado pero evitó el cumplimiento de la pena, recibirá un tratamiento más benigno que el que debió cumplirla, en tanto ésta prescribirá antes (lo que en doctrina se conoce como la “pena del torpe”)⁶⁶.

2. MOMENTO EN QUE SE INICIA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El plazo de prescripción de la pena comienza a correr, según dispone el artículo 98 del CP, “[...] desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse”.

En relación al primer supuesto, debemos entender que el concepto “sentencia de término” se refiere a aquella que no puede ser objeto de recursos, ordinarios o extraordinarios⁶⁷. En cuanto a la fórmula para computar el plazo, consideramos –siguiendo a Garrido Montt⁶⁸– que éste comienza desde el día de la notificación de la sentencia, por cuanto ella sólo produce efectos una vez que se cumple con ese trámite, conclusión que se desprende de lo establecido en los artículos 38 y 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en el proceso penal según lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Penal.

En el caso del quebrantamiento de condena, “la fecha se cuenta desde el día en que éste se produce, pero para determinar el tiempo de la prescripción se ha de descontar de la condena impuesta el tiempo servido antes del quebrantamiento”⁶⁹.

⁶⁶ Para un análisis de estas críticas, cfr., Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 479-480, con ulteriores referencias doctrinales.

⁶⁷ Véase SCS, 15/12/2008, Rol N° 1663-2008, que en su voto de mayoría estima que “para efectos de una correcta aplicación del artículo 98 del Código Penal, es aquella que ha puesto fin a la instancia, sin haber sido objeto de recursos de casación. Si los ha habido y fueron desechados, lo será la sentencia de casación que declare la validez de la sentencia de instancia. Si se trata de recurso de casación en la forma acogido, no podrá correr prescripción alguna en tanto no se dicte otra decisión válida y condenatoria. Si se trata de un recurso de casación en el fondo acogido y el fallo de reemplazo es absolutorio, no cabe hablar de prescripción, pero si es condenatorio, será esa sentencia de reemplazo la de término para todos los efectos legales y, desde su fecha, comenzará a correr el plazo de prescripción de la pena”.

⁶⁸ Cfr. Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 393. En contra de esta postura, considerando que el plazo comienza a correr desde la fecha de la sentencia, Novoa Montreal, Eduardo, op. cit., T. II, p. 409 ss.

⁶⁹ Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 586.

V. REGLAS COMUNES A AMBAS CLASES DE PRESCRIPCIÓN

1. CASOS DE AUSENCIA DEL TERRITORIO NACIONAL

Nuestro ordenamiento otorga un tratamiento especial a la prescripción tanto de la acción penal como de la pena respecto de los sujetos que se encuentran fuera del territorio nacional. Así, el artículo 100 del CP dispone que cuando “el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años”. El fundamento de esta norma, se ha dicho, es que los plazos de prescripción “corren en la medida en que el Estado *quiera y pueda* perseguir el delito e imponer la pena. La posibilidad disminuye cuando el reo demora allende las fronteras chilenas [...] y, por lo mismo, hay mayores facilidades para eludir la acción judicial”⁷⁰. Si tomamos en cuenta lo anterior, no podemos menos que concluir –con un criterio teleológico– que esta disposición se aplica solamente respecto a los sujetos que se encuentran ausentes del territorio real (no el ficto)⁷¹ y que tampoco se refiere a los casos en que los sujetos se encuentran ausentes del territorio nacional en servicio del país⁷². Se ha señalado unánimemente que se deben excluir de esta disposición las faltas, por cuanto “[...] debe repararse en que alude al cómputo de los años, de modo que no se aplica a la prescripción de las faltas, porque el plazo es inferior a un año (seis meses)”⁷³.

El efecto perjudicial para el responsable ausente del territorio nacional que supone esta norma fue morigerado por la Ley N° 19.047 (14 de febrero de 1991), que vino en incorporar un inciso segundo al artículo 100, según el cual “Para los efectos de aplicar la prescripción de la acción penal o de la pena, no se entenderán ausentes del territorio nacional los que hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento”⁷⁴.

⁷⁰ Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 481. Énfasis en el original.

⁷¹ Cfr. Ibid, p. 481.

⁷² Cfr. Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 804.

⁷³ Por todos, Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 397.

⁷⁴ Cfr. Garrido Montt, Mario, op. cit., p. 397, quien reconoce como fundamento de este inciso “[...] las circunstancias extraordinarias que afectaron al país durante el período de anormalidad institucional”. A juicio de Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 481, “[...] la duplicación no corresponde cuando y mientras el ausente hubo de permanecer en el extranjero por la propia *voluntad* del titular de la pretensión punitiva” (énfasis en el original).

2. CARÁCTER IGUALITARIO DE LAS NORMAS SOBRE PRESCRIPCIÓN

El artículo 101 del CP expresa que “Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas”. Interpretando esta norma, Novoa estima que de ella resulta “a) que las prescripciones en materia penal son causas de extinción de responsabilidad penal y, por consiguiente, corren, se interrumpen o suspenden separadamente para cada uno de los diversos sujetos que han intervenido en un mismo hecho punible; b) que ellas no tienen excepciones de índole personal, como ocurre en materia civil (art. 2509 N° 1 del C. Civil)”⁷⁵.

3. DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA PRESCRIPCIÓN

Conforme al artículo 102 del Código Penal, “La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio”. Sobre el requisito de que el imputado o acusado se encuentre presente en el juicio, “debe entenderse que [su presencia] es jurídica y no material”⁷⁶, por lo que bastará que se encuentre representado en el proceso penal.

Se ha señalado que esta disposición da cuenta del carácter de orden público de las prescripciones en materia penal, por lo que ellas se declaran de oficio y no pueden ser renunciadas por el sujeto afectado⁷⁷. Ahora bien, siguiendo a Guzmán Dálbora, nos parece que señalar que toda prescripción penal es irrenunciable, significaría que “declarada la prescripción de la acción, el sujeto queda sin ninguna posibilidad de probar judicialmente su inocencia”⁷⁸, derecho que está expresamente reconocido en el artículo 4° del Código Procesal Penal. La aproximación correcta, entonces, es que “el legítimo interés del acusado de decir y acreditar que su inocencia preexistió al plazo cuyo cumplimiento la amordaza; o sea, que *puede renunciar a la prescripción de la acción*, aunque no, naturalmente, a la de la pena: a ésta, y sólo a ella, informa la ratio supraindividual del artículo 102”⁷⁹.

⁷⁵ Novoa Monreal, Eduardo, op. cit., T. II, p. 412.

⁷⁶ Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal Parte general*, 7a Ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 804.

⁷⁷ Cfr. Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., p. 261. En el mismo sentido, Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 804.

⁷⁸ Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 482.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 482. Énfasis en el original. Claramente, como ya advierte el autor citado, la posibilidad de renuncia a la prescripción de la pena no puede ser abarcada por consideraciones referidas al principio de inocencia, en cuanto la pena supone que ya se acreditó –en un procedimiento legalmente tramitado– la participación punible de un sujeto en un determinado hecho delictivo.

4. LA MEDIA PRESCRIPCIÓN

La llamada “media prescripción” es una figura que reconoce el artículo 103 del CP, según el cual “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

Existe abundante jurisprudencia reciente que ha hecho aplicación de la media prescripción en casos de violaciones de derechos humanos. Así, sentencias recientes de la Corte Suprema –ampliamente criticadas por la doctrina⁸⁰ han declarado que la media prescripción “constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con corolarios que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal”⁸¹.

5. LA PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA

El artículo 104 del Código Penal dispone que “*Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos*”, figura que nuestra doctrina ha denominado la “prescripción de la reincidencia”⁸². Consideramos, siguiendo a Guzmán Dálbora, que tal denominación en realidad es una impropiedad, “en tanto quien antaño fue condenado no sea sentenciado de nuevo, tampoco puede decirse que existe reincidencia ni que ésta haya prescrito o sobreviva”⁸³. Lo que ocurre en realidad es que cumplidos los plazos señalados en el artículo 104, el juez que conozca de un nuevo delito cometido por el sujeto no podrá aplicar en esta nueva causa las agravantes de reincidencia

⁸⁰ Cfr., por todos, Fernández, Karinna y Sferrazza, Pietro: “La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos”, en *Estudios constitucionales*, año 7, N° 1, 2009, pp. 299-330 y Nogueira Alcalá, Humberto: “Informe en Derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción”, en *Ius et Praxis*, año 14, N° 2, 2008, pp. 561-589.

⁸¹ Véase SSCS, 30/07/2007, Rol N° 3808-2006; 05/09/2007, Rol N° 6525-2006; 13/11/2007, Rol N° 6188-2006; 03/05/2010, Rol N° 6855-2008.

⁸² Cfr. por todos, Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 805.

⁸³ Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 485.

propia genérica (art. 12 N° 15) o específica (art. 12 N° 16). En el caso de la reincidencia impropia o ficta, se aplica lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del Código Penal⁸⁴.

6. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INHABILIDADES

De acuerdo al artículo 105 del Código Penal, “Las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena, computado de la manera que se dispone en los artículos 98, 99 y 100. Esta regla no es aplicable a las inhabilidades para el ejercicio de los derechos políticos”.

Parte de la doctrina considera que esta norma se refiere a las penas de inhabilitación, pues ella se debe entender que ella sólo “reitera la aplicabilidad de las reglas sobre prescripción a las penas de inhabilitación, hacienda expresamente la excepción relativa a las que afectan dichos derechos políticos”⁸⁵. Otro sector considera que ella se refiere a las inhabilidades de origen *extrapenal* que nacen en virtud de la sanción penal, en tanto las penas de inhabilitación son, en efecto, penas, “y deben regirse en cuanto a su prescripción por las reglas generales de prescripción de la pena”⁸⁶. Una tesis superadora, que nos parece acertada ha sido desarrollada por Guzmán Dálbora, según la cual esta disposición se refiere tanto a las penas de inhabilitación, como a las inhabilidades extrapenales, salvo la referida a los derechos políticos⁸⁷.

La jurisprudencia reciente ha hecho aplicación de esta norma en el caso de la inhabilitación de un sujeto para acceder al beneficio de libertad vigilada establecido en la Ley N° 18.216⁸⁸.

7. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Como dispone expresamente el artículo 105 inciso 2° del Código Penal, “La prescripción de la responsabilidad civil proveniente de delito, se rige por el Código Civil”⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 485.

⁸⁵ Cury Urzúa, Enrique, op. cit., p. 805. En el mismo sentido, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, op. cit., pp. 261-262.

⁸⁶ Novoa Monreal, Eduardo, op. cit., T. II, p. 415.

⁸⁷ Cfr. Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., p. 486, con ulteriores referencias.

⁸⁸ SCA de Santiago, 27/01/2006, Rol N° 24661-2005, según la cual “de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal, las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena” (énfasis agregado). En el mismo sentido, véase SCA de Santiago, que estima que este artículo “afirma que las inhabilidades legales anejas a las penas sólo durarán el tiempo requerido para la prescripción de la pena” (énfasis agregado).

⁸⁹ Véase SCS, 31/01/1989, Rol N° 13.100; 06/12/2006, Rol N° 177-2006.

La jurisprudencia es vacilante respecto a la aplicación de esta norma en materia de delitos imprescriptibles (casos de violaciones a los derechos humanos); según algunos fallos, ella se aplicaría incluso a los delitos que son considerados imprescriptibles, pues “en lo concerniente al postulado del recurrente en orden a que por tratarse el injusto indagado en estos antecedentes de un delito de lesa humanidad, por consiguiente, imprescriptible penalmente, dicha calidad se debe extender a las acciones reparatorias que surgen de tal ilícito. Al respecto, acabe desechar tal predicamento, por cuanto, como se dijo con antelación, la acción ejercida en autos es de contenido patrimonial, y como tal, sujeta a prescripción, a falta de norma especial en contrario”⁹⁰; mientras que, según otros, no se debería aplicar el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil, “porque la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por las acciones típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los agentes de éste, obligación que emana de su responsabilidad penal, la cual requiere de la decisión jurisdiccional pertinente al efecto, certeza que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, al menos, a partir desde que se deduce acusación formal en contra del inculpado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo correspondiente y que no se ha alegado por la defensa fiscal [...] la responsabilidad extracontractual del Estado, que se demanda, emana fundamentalmente tanto del Derecho Público como del Derecho Internacional Humanitario. Al efecto, es útil reiterar que lo razonado, además de permitir el rechazo de la alegación enunciada, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los Derechos Humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de la persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, y por tanto vinculantes para toda la institucionalidad nacional”⁹¹.

⁹⁰ SCS, 13/08/2009, Rol N° 4087-2008. Esta sentencia, sin embargo, tiene voto de minoría, según el cual “como lo afirma la recurrente en su libelo de nulidad, en este tipo de materias –delitos de lesa humanidad–, no son aplicables las reglas sobre prescripción contenidas en el Código Civil, desde que el derecho que asiste a los ofendidos para resarcirse de los perjuicios sigue la suerte de lo principal, esto es, el proceso penal, lo que equivale a decir que ellas son también imprescriptibles” (Ministros Sres. Kunsemüller y Dolmestch). En el mismo sentido, véase SCS 05/04/2010, 3078-2008, con voto de minoría a favor de la imprescriptibilidad de la acción civil en los casos de delitos de lesa humanidad (Abogado Integrante Sr. Chaigneau).

⁹¹ SCS 15/10/2008, Rol N° 4723-2007. En el mismo sentido, véase SCA de Santiago, 01/06/2010, Rol N° 282-2009, según la cual “no resulta procedente aceptar lo alegado por el Fisco de Chile, en orden a que solamente cabe aplicar las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, porque la Constitución de 1980, como la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Ley 18.575, son de fecha común interno, se aplica sólo si no están en contradicción con la fuente de la obligación del Estado de reparar a las víctimas y a sus familiares, de las graves violaciones a los derechos humanos, obligación estatal

VI. PRESCRIPCIONES ESPECIALES

Fuera de las reglas generales de prescripción tanto de la acción penal como de la pena, el Código Penal y diversas leyes especiales establecen plazos especiales de prescripción. Entre ellos, por su aplicación práctica, creemos necesario destacar los siguientes:

- (i) El artículo 431 del Código Penal, que determina un año para la prescripción de la acción en los delitos de injuria y calumnia, “contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa”.
- (ii) En el denominado “giro doloso de cheques”, la acción penal prescribe en el plazo de un año, contado desde el protesto del documento, según disponen los artículos 33 y 34 del DFL 707 del año 1982.
- (iii) La Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de los adolescentes, establece en su artículo 5° que “La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”⁹².
- (iv) En materia de delitos sexuales cometidos en contra de menores, el artículo 369 quáter –introducido por la Ley N° 20.207– dispone que “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”⁹³.

VII. CONCLUSIONES

De lo que hemos expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones principales:

- 1^a) La prescripción en Derecho penal, extingue tanto la acción penal como la pena. No se extingue –como se ha señalado erróneamente– el delito, en cuanto éste es un suceso imborrable. Nuestro ordenamiento reconoce ambas prescripciones, aunque establece erróneamente plazos

que proviene, como se viene señalando, de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre la materia y de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario”; y SCA de Santiago, 03/08/2009, Rol N° 7985-2007.

⁹² Véase SCA de Santiago, 23/03/2010, Rol N° 1743-2009, que aplica esta disposición en beneficio del acusado, por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

⁹³ Un análisis detallado de los efectos de esta disposición en Oliver Calderón, Guillermo, La aplicación..., pp. 257 ss, quien –con razón– se manifiesta en contra de su aplicación a los hechos cometidos antes de su entrada en vigencia.

iguales para ellas, pese a que se trata de situaciones que debiesen ser valoradas de forma diversa.

- 2ª) El fundamento de la prescripción es discutido. Nos parece acertada la opinión que sostiene que su fundamento se encuentra en los fines del Derecho Penal, según los cuales sólo será legítimo sancionar aquellas conductas que signifiquen perturbaciones graves a la sociedad, debiendo reconocerse que el paso del tiempo hace que ciertas conductas que en su momento fueron merecedoras de sanción, ya no deben ser perseguidas ni sancionadas. Es más, siguiendo esta tesis podemos explicar satisfactoriamente los delitos imprescriptibles, en tanto en ellos –debido a su gravedad– se entiende que la necesidad de pena nunca cesa.
- 3ª) Su naturaleza jurídica también es polémica. Nos parece que, tomando en consideración las críticas a las doctrinas que consideran que su naturaleza es procesal o mixta, su naturaleza debería considerarse material o sustantiva, es decir, penal. Esto permite, como analizamos previamente, hacer aplicables a las normas que establezcan, modifiquen o deroguen plazos de prescripción –tanto de la acción penal como de la pena– los principios del Derecho penal, en especial el de retroactividad de la ley penal más favorable.
- 4ª) A nuestro juicio, cuando el tipo penal exija un resultado material o una condición objetiva de punibilidad, el plazo de prescripción de la acción penal debería comenzar a correr desde el momento en que se cumple dicho resultado o condición, pues antes no existiría una acción típica.
- 5ª) Sobre el problema de la irrenunciabilidad de la prescripción de la responsabilidad penal, nos parece que ella se refiere a la prescripción de la pena, en tanto en el caso de la prescripción de la acción penal el sujeto siempre podría renunciar a ella, buscando ejercer su derecho a defensa y, en definitiva, probar en el proceso penal su inocencia.

