

Excepción de Prescripción y Litisconsorcio

Álvaro Tord Velasco*

La aceptación de una excepción de prescripción extintiva por parte del juez en un proceso donde hay un demandante y un demandado implica el término del mismo al haber finalizado el plazo para poder realizar la acción. Ello no es igual en los casos donde existe una pluralidad de demandados, pues muchas veces la excepción no aplica para todos y, por tanto, las consecuencias varían dependiendo del sujeto. En el siguiente artículo, el autor busca explicarnos las consecuencias de esta excepción cuando existe un litisconsorcio y cuáles son los efectos para cada uno de los codemandados. Es, sin duda, un artículo de mucha ayuda para los litigantes, quienes se encuentran muchas veces con casos de esta naturaleza.

I. Finalidad del artículo

En los casos en los cuales existe un solo demandado, es fácil prever las consecuencias de una excepción de prescripción extintiva: si se ampara en forma definitiva, el proceso concluye; de lo contrario, el proceso continúa.

Sin embargo, ¿Qué ocurre si hay varios demandados? ¿La excepción debe ser planteada por todos? ¿Si sólo la plantea uno de ellos, todos se benefician en caso sea declarada fundada? ¿Las respuestas a estas preguntas varían según el tipo de litisconsorcio?

Dar una respuesta a estas preguntas, en el marco de nuestra legislación actual, es la finalidad de este trabajo.

II. Prescripción extintiva

Por la prescripción extintiva el transcurso de un determinado plazo extingue la acción que el sujeto tiene para exigir determinado derecho antes los tribunales¹. Es decir, la prescripción extintiva extingue la acción pero no el derecho (artículo 1989² del Código Civil).

La caducidad es una institución similar porque también produce efectos extintivos a situaciones jurídicas por el transcurso del tiempo. La diferencia principal entre ambas es que la caducidad extingue la acción y también el derecho³.

Otra diferencia es que la prescripción sólo opera a invocación de parte mediante excepción procesal,

dado que el ordenamiento jurídico ha vedado la posibilidad que sea de oficio (artículo 1992⁴ del Código Civil). Por ello, si el demandado no plantea esta excepción, el proceso no podrá concluir por dicho motivo. Ello no ocurre con la caducidad, porque puede ser declarada de oficio⁵.

En el ámbito procesal, existe otra diferencia importante: el plazo de prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda (inciso 4 del artículo 438⁶ del CPC); en cambio, para evitar la caducidad, basta con presentar la demanda.

¿Es útil que existan ambas instituciones en vez de una? Extinguir la acción y no el derecho genera la siguiente consecuencia: si el deudor paga una deuda prescrita, no tiene derecho a la restitución. En cambio, si paga una deuda caduca, sí puede exigir la restitución.

Sin embargo, son tan raros e incluso inexistentes los casos de deudores que paguen deudas prescritas, que parece inútil la existencia de ambas instituciones. Por otra parte, creo que la interrupción de la prescripción debería darse también con la sola presentación de la demanda: no tiene sentido que el demandante que presentó su demanda a tiempo, pueda perder el caso por prescripción porque el Poder Judicial se demoró en admitir y emplazar al demandado.

No obstante, estas cuestiones escapan a la finalidad de este trabajo que son las señaladas en la introducción. Cabe advertir que las preguntas señaladas en la

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal Civil del Centro de Estudios Continuos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado senior de Ferrero Abogados.

1 RUBIO, Marcial. *La extinción de derechos y acciones en el Código Civil*. Fondo Editorial PUCP. Lima 2003. Pág. 13.

2 Artículo 1989.- La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo

3 Artículo 2003.- Efectos de la caducidad

La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

4 Artículo 1992.- El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada.

5 Artículo 2006.- Declaración de caducidad

La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte.

6 Artículo 438.- Efectos del emplazamiento.- El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos: (...) 4. Interrumpe la prescripción extintiva.

introducción no son aplicables a la caducidad, porque esta puede ser declarada de oficio, por ello este trabajo solo se ciñe a la prescripción extintiva.

III. Litisconsorcio

Debe entenderse por litisconsorcio⁷ a la situación procesal referida a la acumulación subjetiva, en virtud de la cual ya sea en la parte activa o pasiva de la relación procesal, existen varios sujetos.

“(...) no tiene sentido que el demandante que presentó su demanda a tiempo, pueda perder el caso por prescripción porque el Poder Judicial se demoró en admitir y emplazar al demandado..”

La regulación procesal del litisconsorcio es muy importante porque sirve para evitar procesos y/o sentencias inválidas o ineficaces por ausencia de un litisconsorte, para determinar a quiénes alcanzarán los efectos de una sentencia, para evitar fallos contradictorios y también para resolver varios conflictos en un solo proceso (economía procesal).

Existen 3 tipos de litisconsorcio: el necesario, el facultativo y el cuasinecesario. A los casos en los cuales no se les puede calificar dentro de dichos supuestos, los denominaré como de “litisconsorcio atípico”. Las características de cada uno de estos tipos de litisconsorcio serán explicadas más adelante.

Cabe señalar que este artículo sólo se ciñe a la prescripción en el litisconsorcio y no en relación a terceros, en tanto que estos no pueden plantear dicha excepción, por no ser parte del proceso.

IV. Excepción de prescripción y litisconsorcio necesario

El litisconsorcio necesario ha sido regulado en el artículo 93⁸ del CPC. De acuerdo a dicha norma, estamos frente a este tipo de litisconsortes cuando tienen las siguientes características: (i) la decisión a

recaer en el proceso les afectará de manera uniforme; (ii) la falta de comparecimiento de un litisconsorte activo o emplazamiento de un pasivo invalida el proceso.

Asimismo, se le atribuye a este litisconsorcio las siguientes características:

- Existe una sola pretensión e interés para obrar⁹. Por ello, los actos de disposición de la pretensión afectan a todos por igual¹⁰.
- La cosa juzgada afecta a todos por igual¹¹.
- Las defensas opuestas por uno de los litisconsortes, ya sean individuales o comunes, alcanzan a todos por igual¹².
- Los medios impugnatorios interpuestos por cualquiera de los litisconsortes favorecen a los demás¹³.
- La ausencia de un litisconsorte genera la ineficacia de la sentencia¹⁴.
- La ausencia de un litisconsorte genera falta de legitimidad para obrar por defecto¹⁵.
- Al advertir la falta de un litisconsorte, el juez puede pedir de oficio su integración al proceso¹⁶.

Como ejemplos de Litisconsorcio Necesario tenemos la nulidad de acto jurídico contra todos los otorgantes¹⁷, la nulidad del contrato de compraventa sobre un bien social o común¹⁸; la pretensión pauliana¹⁹; la nulidad de matrimonio interpuesta por el Ministerio Público, en la cual los demandados necesariamente deberán ser ambos cónyuges²⁰; y, en general, en todo caso en que se demande a un patrimonio autónomo (como la sociedad de gananciales y la sucesión indivisa)²¹.

Dado que en este tipo de litisconsorcio las defensas opuestas por uno de los litisconsortes, ya sean individuales o comunes, alcanzan a todos por igual, la excepción de prescripción planteada por uno sólo de los litisconsortes favorece a los demás, aunque estos no la hayan planteado.

Ello, por la sencilla razón de que el proceso no puede continuar sólo con algunos de los litisconsortes

7 Sobre el particular se puede consultar los siguientes autores: TORELLO GIORDANO, Luis. *Litisconsorcio e Intervención de Terceros*. En: Curso sobre el Código General del Proceso. Ed. FCU. Montevideo. 1989. Tomo I.; DAVILA, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario*. Barcelona. 1992. Editorial Bosch.; MARTÍNEZ, Hernán. *Procesos con sujetos múltiples*. T. I. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1987; GONZÁLEZ, Atilio. *La pluralidad en el proceso civil*. Astrea. Buenos Aires. 1985; MONROY, Juan. “Acumulación, litisconsorcio, sucesión procesal e intervención de terceros”. En: *Ius et Veritas*. No 6; ARRARTE, Ana María. “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No 1.

8 Artículo 93.- Litisconsorcio necesario.- Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.

9 ARRARTE, Ana María. “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No 1. Pág. 134.

10 GONZÁLEZ, Atilio. *La pluralidad en el proceso civil*. Astrea. Buenos Aires. 1985. Pág. 72.

11 TORELLO GIORDANO, Luis. “Litisconsorcio e Intervención de Terceros”. En: *Curso sobre el Código General del Proceso*. Ed. FCU. Montevideo. 1989. Tomo I. Pág. 77; DAVILA, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario*. Barcelona. 1992. Editorial Bosch. Pág. 16; MARTÍNEZ, Hernán. *Procesos con sujetos múltiples*. T. 1. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1987. Pág. 105.

12 GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 72.

13 *Ibid.*

14 PEYRANO, Jorge. *Procedimiento civil y comercial*. T. 2. Ed. Juris. Rosario 1992. p. 88; MONROY, Juan. *Op. Cit.* p. 48; DAVILA, María Encarnación. *Op. Cit.* p. 16.

15 VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Editorial Themis. Bogotá 1984. Pág. 198.

16 GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 76; ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* pp. 134-135.

17 GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 73.

18 MONROY, Juan. *Op. Cit.* p. 49.

19 ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* p. 135.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.* Págs. 135 y 136.

necesarios, es decir, con los que no dedujeron la excepción de prescripción. La prescripción no puede liberar a algunos litisconsortes necesarios y no a otros, dado que es indispensable que este tipo de litisconsortes participen del proceso y que la sentencia le sea oponible a todos para que tenga eficacia. En ese sentido, la prescripción opuesta por uno, debe favorecer a los demás.

Como lo señala la profesora española Dávila "La alegación de la falta de presupuestos procesales por un litisconsorte diligente, afirmaciones, excepciones, actividades probatorias promovidas por un litisconsorte presente en el proceso, todas surten efecto con referencia a los demás ausentes"²².

V. Excepción de prescripción y litisconsorcio facultativo

El litisconsorcio facultativo ha sido regulado en el artículo 94²³ del CPC. De acuerdo a dicha norma, estamos frente a este tipo de litisconsortes cuando son considerados litigantes independientes y los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

Se le atribuye las siguientes características:

- Existen tantas pretensiones y defensas como litisconsortes²⁴.
- Se origina en la voluntad de las partes de participar en el proceso, no por una exigencia de la ley²⁵.
- Los litisconsortes no son necesariamente personas intrínsecamente ligadas por una misma situación jurídica material. Más bien, cada sujeto es titular de una particular situación sustantiva, el conjunto de las cuales están ligadas por relaciones de conexidad o afinidad²⁶.
- Las defensas opuestas por uno de los litisconsortes no afectan a los otros²⁷.
- Los medios impugnatorios interpuestos por cualquiera de los litisconsortes no afectan a los demás²⁸.
- Los actos de disposición de un litisconsorte, como el desistimiento o el allanamiento, no perjudican a los demás²⁹.
- La ausencia de un litisconsorte no genera la ineficacia de la sentencia, por ello es voluntario³⁰.

- La sentencia deberá pronunciarse sobre la posición de cada litisconsorte de manera independiente, razón por la cual la cosa juzgada no les afecta a todos por igual³¹.

Dado que la intervención de un litisconsorte facultativo es voluntaria, de no participar en el proceso, la sentencia no le afecta. Por ello, a diferencia del litisconsorcio necesario que está pensado en asegurar la eficacia de las sentencias, este tipo de litisconsorcio está inspirado más bien en el principio de economía procesal, dado que busca que en un solo proceso se resuelvan varios conflictos, siempre y cuando exista cierta vinculación entre los mismos, para de ese modo también evitar fallos contradictorios³².

Un ejemplo de este tipo de litisconsorcio es el de un incumplimiento contractual que comparte un hecho común, como podría ser la cancelación de un vuelo. Si bien, no todos los que compraron sus boletos deben demandar conjuntamente para que el proceso sea válido, eso sería conveniente a efectos de evitar fallos contradictorios y usar de modo eficiente los recursos del servicio de justicia.

En ese caso, a diferencia del litisconsorte cuasinecesario (que veremos más adelante), la cosa juzgada no vincula al que no intervino en la demanda, razón por la cual tendría que iniciar un proceso aparte para buscar satisfacer su interés. Obviamente, la sentencia estimatoria del caso anterior sería de mucha utilidad para ganar el caso.

En este caso, el CPC es claro al señalar en su artículo 94^o que "Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes" por tanto "Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás". En ese sentido, la excepción de prescripción planteada por un litisconsorte facultativo, no debería beneficiar al otro que no la planteo.

VI. Excepción de prescripción y litisconsorcio cuasinecesario

En estos casos existe una sola pretensión e interés para obrar y la decisión a recaer en el proceso afectará a los litisconsortes de manera uniforme, pero no es indispensable emplazar a todos para que la cosa juzgada pueda vincularlos. En otras palabras, se establece una relación procesal válida sin que en ella participen todos los titulares de la relación material y los alcances de la cosa juzgada afectarán a todos por igual, hayan o no intervenido en el proceso³³.

22 DAVILA, María Encarnación. *Op. Cit.* p. 129.

23 Artículo 94.- Litisconsorcio facultativo.- Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

24 GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 54.

25 DAVILA, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 21; GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 54; RIVAS, Adolfo. *Tratado de las tercerías*. Buenos Aires: Abaco, 1996. Tomo II. p. 97; MARTÍNEZ, Hernán. *Op. Cit.* p. 42.

26 MONROY, Juan. *Op. Cit.* Pág. 49; MARTÍNEZ, Hernán. *Op. Cit.* Pág. 29 y ss.

27 ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 136.

28 *Ibid.*

29 MARTÍNEZ, Hernán. *Op. Cit.* Pág. 46.

30 PALACIO, Lino. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Perrot, 1970. p. 219; MONROY, Juan. *Op. Cit.* p. 48; DAVILA, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 16.

31 ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 136.

32 *Ibid.*

33 FAIREN GUILLÉN Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 306; GONZÁLEZ, Atilio. *Op. Cit.* p. 77.

Este tipo de litisconsorcio tiene las siguientes características:

- Es una excepción a la regla de los alcances subjetivos de la cosa juzgada³⁴.
- Tiene como sustento básico una autorización legal, puesto que es una norma positiva la que determina la posibilidad de que se establezca una relación procesal válida que no incluya a todos los titulares de la relación sustancial³⁵.
- Aquellos litisconsortes que no hayan sido emplazados podrán intervenir voluntariamente en el proceso en cualquier momento previo a la sentencia definitiva, convirtiéndose en partes³⁶.

La pretensión de impugnación de acuerdos societarios regulada en el artículo 143 de la Ley General de Sociedades peruana, es un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario³⁷. Sin embargo, dicha acción está sujeta a plazos de caducidad y no de prescripción.

No obstante, en los casos de litisconsorcio cuasinecesario provenientes de acciones que sí estuviesen sujetas a plazos de prescripción, al igual que los casos de litisconsorcio necesario, la excepción de prescripción planteada por un litisconsorte debería favorecer a los demás que no la plantearon. Ello, en la medida que los litisconsortes cuasinecesarios conforman una misma relación material y tienen un interés común en el proceso (por ejemplo, los accionistas que pretenden la nulidad de un acuerdo societario).

No tendría sentido que la prescripción libere a un solo accionista o asociado, dado que es necesario que la sentencia vincule a todos (si no hay prescripción) o simplemente que no exista sentencia por efecto de la prescripción. No puede haber una sentencia que anule un acuerdo societario y que sólo sea oponible a los accionistas que no plantearon la excepción de prescripción. La sentencia debe vincularlos a todos, por ello, la prescripción también.

VII. Excepción de prescripción y litisconsorcio atípico

Denomino "litisconsorcio atípico" a aquellos casos de litisconsorcio cuyas características impiden clasificarlos dentro de los tipos de litisconsorcio antes señalados. Del universo de posibles casos como estos que puedan existir en nuestro ordenamiento jurídico, analizaré sólo dos muy comunes y, por tanto, importantes: los deudores solidarios y el litisconsorcio pasivo formado por el deudor y el propietario del bien dado en garantía en un proceso de Ejecución de Garantías.

7.1. Deudores solidarios

En estos casos el acreedor puede demandar sólo a uno de ellos y el proceso no se invalida (por ello, no son litisconsortes necesarios). Asimismo, la cosa juzgada no le es oponible al deudor no demandado, es decir, el acreedor no puede ejecutar los bienes del deudor que no fue emplazado (por ello, no es un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario)³⁸. En este aspecto, se asemeja al litisconsorcio facultativo. Sin embargo, se distingue de este último, en tanto que en el caso de los deudores solidarios, sí existe una sola pretensión dirigida a los mismos y, por tanto, todos ellos tienen un interés común.

¿Qué ocurre si se demanda a dos deudores solidarios y sólo uno de ellos plantea excepción de prescripción extintiva y esta es fundada? ¿El deudor que no planteó la excepción se beneficia?

El artículo 1192 del Código Civil señala lo siguiente:

"Artículo 1192.- A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."

Según Osterling, "En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etc. Las segundas, osea las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de pleito pendiente. Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor."³⁹

Para León Barandiarán "Son excepciones comunes, por ejemplo, la falta o ilegitimidad del objeto, el vicio de consentimiento de parte de todos los deudores, la lesión, la nulidad absoluta. Igualmente, asumen tal carácter, el pago, la remisión, la novación, **la prescripción**. (...) Son excepciones personales, por ejemplo, los vicios de la voluntad de un deudor determinado; su incapacidad para obligarse en general; las nulidades relativas; y el plazo o la condición estipulados en beneficio de un deudor."⁴⁰

Queda claro entonces que, de acuerdo al artículo 1192 del Código Civil, la excepción de prescripción es una defensa común de los deudores solidarios. Es decir, la norma citada señala lo que un deudor solidario puede plantear para defenderse frente a la demanda del acreedor. Como lo señala Ferrero "En la solidaridad

34 ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 138.

35 PARRA QUIJANO, Jairo. *La intervención de terceros en el proceso civil*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1970. Pág. 54. ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 138 y 139.

36 DAVILA, María Encarnación. *Op. cit.* Pág. 32; ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 139.

37 ARRARTE, Ana María. *Op. Cit.* Pág. 138.

38 El artículo 1193 del Código Civil señala lo siguiente "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente. (...)".

39 OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. *Tratado de las Obligaciones*. Primera Parte. Tomo III. Fondo Editorial PUCP. Lima 1994. Pág. 300.

40 LEÓN BARANDIARÁN, José. Citado por OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. *Op. Cit.* Pág. 301.

pasiva: demandado uno de los deudores solidarios sólo podrá oponerle al acreedor demandante aquellos hechos impeditivos, modificativos o extintivos comunes a todos los codeudores. Así por ejemplo: (...) hechos extintivos tales como el pago (...) la **prescripción**, etc.”⁴¹

Sin embargo, la norma en comentario sólo señala que ambos deudores “pueden” plantear la excepción de prescripción por ser una defensa común, es decir, una defensa que ambos están en facultad de deducirla. Pero dicha norma no resuelve la interrogante referida a si el deudor que no formuló la excepción de prescripción puede verse beneficiado por la excepción de prescripción planteada por el otro deudor solidario demandado.

La respuesta a esta interrogante podría estar en el artículo 1198 del Código Civil que señala lo siguiente:

“Artículo 1198.- La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción (...).”

Es decir, puede darse el caso de un deudor solidario que se libere por prescripción y otro que no, por haber renunciado a la misma. De acuerdo al artículo 1991 del Código Civil dicha renuncia puede ser expresa o tácita:

“Artículo 1991.- Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada. Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.”

¿La no deducción, deducción tardía o por cualquier otra razón, la deducción ineficaz de la excepción procesal de prescripción constituye una renuncia tácita a la misma? Según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, sí es una renuncia tácita a la prescripción⁴².

Sin embargo, comentando la citada norma, Ariano señala que *“dado que nuestra actual regulación procesal ha hecho caer a la excepción de prescripción (artículo 446 inc. 12 CPC) dentro de su feroz régimen de preclusiones, su no alegación en el momento previsto por la ley procesal no creo que responda siempre a una real voluntad abdicativa del prescribiente y más bien puede constituir una impuesta (y del todo contraproducente) forma de volver inoperante al fenómeno prescriptorio mismo (...).”*⁴³

No obstante, dicha autora reconoce que la no alegación de la prescripción en juicio *“es por lo común*

*indicado como uno de los tradicionales supuestos de renuncia tácita”*⁴⁴.

Asumiendo que la no deducción o la deducción ineficaz de la excepción de prescripción es un supuesto de renuncia tácita a la misma, entonces de acuerdo al artículo 1198 del Código Civil, la excepción de prescripción deducida por uno de los deudores solidarios no beneficia al que no la dedujo, porque dicha norma señala que el deudor solidario renunciante no se ve favorecido por los deudores que se liberaron por prescripción (liberación que sólo puede ocurrir en un proceso cuando se plantea dicha excepción).

En efecto, la norma en mención señala que el deudor renunciante *“no puede repetir”* contra los deudores liberados, lo cual sólo puede significar una cosa: que el deudor renunciante fue obligado a pagar, hecho que implica que no fue favorecido por la excepción planteada por los otros deudores que sí fueron liberados.

Este criterio es definido por Messineo de la siguiente manera:

*“(...) la renuncia a la prescripción hecha por uno de los codeudores solidarios no opera en daño de los otros, y el codeudor que haya renunciado no tiene repetición frente a los otros codeudores que hayan sido liberados por efecto de la prescripción.”*⁴⁵

Queda claro entonces que, asumiendo –según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema– que la no deducción de la excepción de prescripción sea un supuesto de renuncia tácita a la misma, bajo lo dispuesto en el artículo 1198º, la deducción oportuna de dicha excepción por parte de un deudor solidario, no favorece aquel deudor solidario que no la dedujo.

7.2. Deudor y garante no deudor

Otro caso de litisconsorcio atípico es el del garante hipotecario no deudor. En este caso el acreedor tiene dos pretensiones en su demanda de ejecución de garantía: una es la de pago de la deuda y, la segunda, que es subordinada a la primera, es la ejecución de la garantía. La primera pretensión está dirigida contra el deudor y la segunda pretensión está dirigida contra el garante que es el propietario del bien dado en garantía.

En este caso, ambos deben ser emplazados para que exista una relación procesal válida (algo propio del litisconsorcio necesario). Sin embargo, en este caso

41 FERRERO, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Grigley. Lima 2000. Pág. 129.

42 Por citar sólo algunas:

“(…) la empresa demandada no dedujo la excepción de prescripción cuando tuvo la posibilidad de hacerlo, por lo que, dicho acto –dicha manifestación de voluntad– se entiende, al amparo del artículo mil novecientos noventiuno (sic) del Código Civil como una renuncia tácita a la prescripción (...).” (Cas. No 2078-2007).

“Si el beneficiado con la prescripción ganada no invoca su derecho oportunamente, se entenderá que ha renunciado tácitamente al él, en cuyo caso, el juez no podrá declararla de oficio, ya que este está prohibido de fundar sus fallos en la prescripción cuando esta no ha sido invocada.” (Cas. No 2156-2002).

“La demandada no dedujo excepción de prescripción extintiva de la acción contra la demanda de interdicto de recobrar por despojo judicial invocando el artículo 921 del Código, por consiguiente, la emplazada ha renunciado tácitamente a la prescripción ganada” (Cas. No 745-98).

“La excepción no produce sus efectos al cumplirse el término fijado por la ley (ipso iure), sino sólo cuando se hace valer en el proceso (ope exceptionis), desde que se puede renunciar a la prescripción ya ganada” (Cas. No 1473-98).

43 ARIANO, Eugenia. *Comentarios al Código Civil*. Gaceta Jurídica. Tercera edición. Lima 2010. Tomo X. Pág. 201.

44 *Ibid.*

45 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971. Pág. 415.

no hay una sola pretensión, sino dos pretensiones distintas pero conexas (algo propio del litisconsorcio facultativo), pero estructuradas de forma subordinada, lo que hace que estas pretensiones no puedan ser planteadas en dos procesos distintos (razón por la cual no es un litisconsorcio facultativo).

Por estas razones, pese a la redacción actual del artículo 690⁴⁶ del CPC, coincido con Arrarte⁴⁷ que el tercero garante en un proceso de ejecución de garantía es un litisconsorte atípico y no un litisconsorte necesario, como señala la norma.

En estos casos, si la deuda puesta a cobro está prescrita y el deudor no plantea la excepción de prescripción ¿Qué ocurre si la plantea el garante no deudor? ¿Puede un litisconsorte plantear una excepción en contra de la pretensión que sólo está dirigida contra el otro litisconsorte?

Desde un punto de vista positivo, el artículo 690° del CPC responde a esa pregunta al señalar que ambos son litisconsortes necesarios. Por tanto, el garante no deudor puede plantear dicha excepción y favorecer al deudor en caso este no la haya planteado.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico, siendo el garante no deudor un litisconsorte atípico, su excepción de prescripción no necesariamente debería favorecer al deudor que no la planteó, porque no necesariamente tiene las mismas prerrogativas que un litisconsorcio necesario.

Entonces, si no tiene las prerrogativas de un litisconsorcio necesario, ni de un facultativo ni de un cuasinecesario ¿Que prerrogativas tiene este litisconsorcio para responder a las preguntas planteadas?

Se ha escrito bastante sobre la Acumulación Objetiva de pretensiones, según la cual ordenamos la forma lógica en que se deben resolverse las pretensiones planteadas en contra de un solo demandado (acumulación autónoma, subordinada, accesoria, alternativa y condicionada). Sin embargo, nada se dice de cuando a este fenómeno se le suma el de la Acumulación Subjetiva.

El caso del deudor y el garante no deudor es un buen ejemplo para explicarlo. Aquí tenemos una relación de subordinación no sólo del aspecto objetivo de las pretensiones, sino de los litisconsortes mismos (es decir “si el deudor no paga la deuda, subordinadamente el garante la paga con su bien”). Es decir, hay una subordinación objetiva de pretensiones y de sujetos en la parte pasiva de la relación procesal.

Pero el asunto se complica más: no es una acumulación subordinada típica para ordenar lógicamente la secuencia de resolución de las pretensiones en una sentencia (es decir “si no me declaras fundada la primera pretensión, entonces pronúnciate sobre la segunda”); sino que es un orden de ejecución (es decir “si el litisconsorte No 1 no paga, se ejecuta el bien del litisconsorte No 2”).

Es decir, no existe una subordinación en el plano de la resolución misma de las pretensiones (es decir, si se declara infundada la pretensión de pago, no significa que se pueda declarar fundada la pretensión de ejecución). Por el contrario, si la pretensión de pago es infundada, lo será también la de ejecución de la garantía.

Pero, volviendo al tema que nos ocupa, lo importante aquí es tener en cuenta que si este caso no tiene las prerrogativas de los litisconsorcios tipificados, entonces hay que verificar si la excepción de prescripción del garante puede beneficiar al deudor, a la luz de los intereses que están en juego.

Teniendo en cuenta que si la pretensión de pago de la deuda es declarada improcedente por efecto de una excepción de prescripción y la pretensión de ejecución dirigida con el garante también correría la misma suerte, entonces el garante debería tener derecho a poder plantear la excepción de prescripción, la cual debería favorecer al deudor que no lo hizo.

VIII. Conclusiones

1. La excepción de prescripción extintiva deducida por un litisconsorte necesario o cuasinecesario, favorece a aquellos litisconsortes que no la dedujeron.
2. La excepción de prescripción extintiva deducida por un litisconsorte facultativo no favorece a aquellos litisconsortes que no la dedujeron.
3. La excepción de prescripción deducida por un deudor solidario no favorece a los deudores solidarios que no la dedujeron.
4. La excepción de prescripción deducida por el garante no deudor, favorece al deudor litisconsorte, en la medida que el artículo 690° del CPC señala que es un litisconsorte necesario.
5. En los supuestos de litisconsorcio atípico, hay que analizar caso por caso para determinar si la excepción de prescripción extintiva planteada por un litisconsorte puede favorecer al otro litisconsorte que no la planteó. 📌

46 “Artículo 690°.- Legitimación y derecho de tercero.- Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de **litis consorte necesario**. Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución.

La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el Artículo 101°. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito el artículo 435°.”

47 ARRARTE, Ana María. “Y finalmente... ¿A quién se demanda en un proceso de ejecución de garantías?” En: *Actualidad jurídica*, N° 139. Gaceta Jurídica. Lima 2005.