

---

# Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva

David Ernesto Cueva García<sup>(\*)</sup>

Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1 Marco teórico general.

Como todo trabajo tiene ideas previas de las que parte, es preciso explicitarlas a fin de comprenderlo adecuadamente. Por esa razón, explicitamos a continuación algunas ideas previas referidas al significado que damos a los términos que designan las situaciones jurídicas subjetivas, y, con seguridad lo más importante de todo, a la doctrina del derecho judicial material, de origen antiguo y que pretendemos rescatar. Luego de ello, se desarrolla el tema principal de este artículo, en la esperanza humana de que los prejuicios sean menores que el intento de analizar desapasionadamente su contenido.

### 1.1 Las situaciones jurídicas subjetivas.

Sin ser éste precisamente el lugar en donde realizar un análisis comparativo entre las diversas (y muy variadas) teorías de las situaciones jurídicas subjetivas, en nuestra opinión, excepción hecha de las variantes de una teoría de las situaciones jurídicas subjetivas en boga desde hace décadas en el ámbito anglosajón, dentro de la dogmática jurídica continental dedicada a la realización de una teoría integral de las situaciones jurídicas, resulta de gran atractivo la teoría expuesta conjuntamente por Lina Bigliuzzi, Humberto

Breccia, Francesco Busnelli y Hugo Natoli, en esta década, en su obra común *Derecho Civil*<sup>(1)</sup>. Sin embargo, se tomarán en cuenta aportes de otros autores y se señalarán variantes propias.

Tal como expresa Juan Ramón Capella, “Se habla de situaciones jurídicas subjetivas para referirse a la posición que tiene respecto del derecho el agente de una acción que responde a una descripción dada. Es obvio que esa posición resulta de las normas jurídicas aplicables al caso (...). El sujeto tratado no es un hombre real, sino un agente abstracto definido por las descripciones contenidas en normas (...)”<sup>(2)</sup>. Según la teoría de las situaciones jurídicas a la que nos adherimos, éstas pueden ser:

a) Según el interés tutelado por el ordenamiento: (i) de ventaja: cuando el sujeto se ubica en una situación jurídica que tiende a satisfacerle un interés. Este interés se denomina “interés-presupuesto”, ya que precede, en el campo justificativo, al establecimiento de la situación jurídica, como su razón de ser. Es decir, es la razón de ser de tal posición normativa; (ii) de desventaja: cuando el sujeto se ubica en una situación jurídica en donde tiende a satisfacer un interés ajeno.

b) Según la acción descrita en la norma referente de la situación jurídica: (i) activa: cuando la

\* Dedicado con amor a mis padres, César Cueva y Norma García, y a mi tío, Arturo Moscoso, en agradecimiento por sus sacrificios. Y agradecido sobre todo a Dios.

(1) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen I. Capítulo Sexto: Las situaciones subjetivas y la relación jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. pp.329-461.

No nos ha sido posible todavía estudiar atentamente, de modo comparativo, la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas expuesta en el mundo anglosajón por Wesley Newcomb Hohfeld, en 1913, en el artículo *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, que ha sido desarrollada y profundizada posteriormente en la obra de diversos lógicos deónticos, habiendo llegado a un grado de formalización lógica desconocida para toda teoría continental de las situaciones jurídicas subjetivas, sobre todo en el trabajo *Position and Change: A Study in Law and Logic*, de 1977, de Lars Lindahl. La obra original de Hohfeld se encuentra traducida por Genaro Carrió, como *Conceptos Jurídicos Fundamentales*.

(2) CAPELLA, Juan Ramón. *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Barcelona: Ariel, 1968. pp.231-232.

norma referente de la situación jurídica prevé la realización de un comportamiento por el sujeto (ya sea de acción o de omisión). (ii) inactiva (o pasiva): Cuando la norma referente de la situación jurídica no prevé realización de comportamiento alguno por el sujeto (ni de acción ni de omisión).

c) Según la apreciación estática de la relación intersubjetiva co-implicada en la norma jurídica: (i) autosuficiente: cuando la finalidad típica de la situación jurídica se consigue merced únicamente al solo sujeto. Tal es el caso del disfrute del bien para el propietario. (ii) interactiva: cuando la finalidad típica de la situación jurídica se consigue merced a la interacción del sujeto con otro u otros.

Entre las situaciones jurídicas de ventaja activas tenemos:

a) Derecho subjetivo: es la situación jurídica subjetiva de ventaja activa por excelencia, consistente en la facultad de obrar para la satisfacción de un interés propio. Entre sus tipos están: (i) derecho de crédito: es el derecho subjetivo cuyo contenido consiste en la facultad de exigir a un sujeto determinado la realización de un comportamiento para la satisfacción del propio interés, consumándose el interés con la realización de la conducta por parte de ese otro sujeto<sup>(3)</sup>. (ii) derecho potestativo: es el derecho subjetivo cuyo contenido consiste en la facultad de modificar unilateralmente, por el propio acto del titular, la esfera jurídica de otro sujeto, para la satisfacción de un propio interés<sup>(4)</sup>. Es el caso del derecho de resolución de un contrato por incumplimiento, por ejemplo. (iii) derecho real: es el derecho subjetivo cuyo contenido consiste en la facultad de obrar respecto de un bien, para la satisfacción de un interés propio, con prescindencia de terceros. Es una situación jurídica autosuficiente.

b) Poder es la situación jurídica subjetiva de ventaja activa cuyo interés-presupuesto es un interés abstracto, fijado en un objeto genérico, y cuyo

contenido consiste en la facultad de obrar para la satisfacción de manifestaciones concretas del mismo interés-presupuesto abstracto. Es el caso del poder negocial, donde el interés-presupuesto mediato es el concertar negocios jurídicos y se satisface sin extinguirse, a través de cada negocio jurídico que el sujeto realiza (a través de la satisfacción del interés inmediato o concreto en la realización de un específico negocio jurídico). Otro ejemplo de poder es el poder de enajenación, y el poder de acción, que los procesalistas suelen denominar derecho de acción<sup>(5)</sup>.

Entre las situaciones jurídicas de ventaja inactivas están:

a) El interés legítimo: consistente en la posición del sujeto gravado con una situación jurídica de desventaja respecto al ejercicio funcional y de buena fe de la correlativa situación jurídica subjetiva de ventaja de otro sujeto<sup>(6)</sup>. La transgresión al interés legítimo se ha conocido como abuso del derecho.

b) La expectativa: situación jurídica instrumental por excelencia, consistente en la posición de un sujeto de estar en un compás de espera respecto a la completa realización de un supuesto de hecho de formación progresiva, al término del cual el sujeto ha de recibir una situación jurídica de ventaja. Es el caso del sujeto respecto al cual la realización de una condición suspensiva va a significar convertirse en acreedor<sup>(7)</sup>.

Entre las situaciones jurídicas de desventaja activas están:

a) El deber: es la situación jurídica subjetiva de desventaja activa en la cual el sujeto debe realizar un comportamiento determinado, en beneficio de un interés general, social o estatal, o inclusive particular, sin que exista un interés-presupuesto de una situación jurídica de ventaja en el destinatario, abstracto o concreto, del resultado del comportamiento exigido.

(3) Aquí nos apartamos un poco de la concepción de BIGLIAZZI y los otros co-autores, ya que éstos consideran como facultades integrantes del concepto del derecho de crédito la facultad de exigir la prestación, así como la facultad de enajenar el crédito. Op.cit.: p.408. Para nosotros, esto último es manifestación de una situación jurídica diferente: la del poder de enajenar.

(4) BIGLIAZZI GERI, Lina. Op.cit.: p.416.

(5) Nuevamente nos apartamos aquí de la concepción de la obra de Bigliuzzi, ya que en dicha obra (p.417) no se concibe al poder como una situación jurídica subjetiva propia.

(6) BIGLIAZZI GERI, Lina. Op.cit.: p.430.

(7) Ibid.: p.421.

Es el caso del deber cívico de votar, o el del deber de fidelidad o de cohabitación en el matrimonio (con lo cual dejamos expresada la idea de que estos últimos deberes no son correlativos a “acreedores jurídicos” sino, a lo sumo, a acreedores morales)<sup>(8)</sup>.

b) El débito: es la situación jurídica subjetiva de desventaja activa por excelencia, consistente en la posición de un sujeto al que la norma le exige que realice un comportamiento en beneficio de un sujeto de derecho que puede exigirle esta conducta. Este comportamiento tiene la propiedad de producir la consumación del interés ajeno. Es el caso del deudor frente a su acreedor<sup>(9)</sup>.

c) La potestad: situación jurídica de un sujeto que debe realizar un tipo de comportamientos, cuya forma concreta puede libremente configurar, pero que debe necesariamente configurarse y realizarse en beneficio de un interés ajeno<sup>(10)</sup>. Es el caso de la patria potestad de los padres respecto a los hijos. En el campo del Derecho Público, es el caso de las potestades de la Administración Pública que deben ser ejercidas en beneficio ajeno, cual es el beneficio del interés común.

Como situación jurídica de desventaja inactiva podemos señalar:

d) La sujeción: situación del sujeto cuya esfera jurídica puede ser modificada por otro sujeto, para la satisfacción de un interés de este último, sin necesidad de cooperación o comportamiento alguno por parte del sujeto gravado<sup>(11)</sup>. Es decir, el sujeto se encuentra en una situación de ofrecer la alteración de su esfera jurídica a otro, sin posibilidad de que se retracte de ello. La modificación de su esfera jurídica se producirá a sola voluntad del otro sujeto, con independencia del actuar u omitir del sujeto gravado. Es la situación jurídica típicamente correlativa al derecho potestativo. Es el caso, por ejemplo, de la parte contractual incumplidora, quien está en sujeción a la facultad de resolución del contrato de la parte cumplidora.

Para terminar con este párrafo, digamos que las relaciones jurídicas son la integración coordinante o

subordinante, con unidad de sentido conductual, de más de una situación jurídica subjetiva que involucra así a sujetos determinados. Así, la relación jurídico obligatoria es la integración de un derecho de crédito y un débito. Desde la perspectiva germana, que tiene un concepto más amplio de la relación obligatoria, nosotros estaríamos haciendo referencia meramente al vínculo jurídico. También es relación jurídica la del derecho potestativo-sujeción. No así la de los derechos reales principales, que son situaciones jurídicas autosuficientes.

## 1.2 El giro del perspectivismo jurídico: Derecho Material, Derecho Justicial Material y Derecho Procesal.

Imaginemos que hay una mesa transparente sobre la cual reposa un libro. Hay un primer sentido, que podría venírse nos a la mente a este respecto con la palabra perspectivismo, y es el hecho de que el libro puede ser visto tanto desde arriba como desde abajo o desde algún costado u otro ángulo. Hay un segundo, y más profundo sentido, que podría adquirir la palabra perspectivismo en nuestro ejemplo. Ubicados en cierta perspectiva, el libro puede aparecernos tridimensional, ya sea que lo veamos desde arriba, abajo u otro ángulo. Pero desde otro punto de vista, el libro puede verse como un objeto bidimensional, carente de profundidad.

Lo último, metafóricamente, es lo que ocurre con el Derecho. Éste es, por así decirlo, pluridimensional, según la perspectiva. Una consideración tal del ordenamiento como fenómeno con geometrías divergentes, es decir, una concepción del mismo, por así decirlo, como cuerpo con centros de gravedad diferentes, en definitiva, un perspectivismo jurídico, sólo ha sido posible a raíz de la trascendental diferencia que estableciera a principios de siglo el ilustre procesalista James Goldschmidt entre el Derecho Justicial Material y el Derecho Procesal. Sobre dicha base, puede construirse una concepción entera. ¿Cómo es el Derecho? ¿Qué es el Derecho? Una función de la perspectiva. Veamos cómo así.

(8) Otra vez nos apartamos del esquema inicialmente seguido, ya que en la obra de Bigliazzi (pp.438-439), no se admite que el deber sea una situación jurídica propia.

(9) BIGLIAZZI GERI, Lina. Op.cit.; pp.439-440.

(10) Ibid.; p.443. Califican a la potestad de deber discrecional, dada la presencia de un elemento de libertad en su ejercicio.

(11) Ibid.; p.444.

### 1.2.1 Tres niveles del Derecho.

Muy en líneas generales, el derecho privado regimenta las atribuciones, *status* y formas de interrelación de las personas de una determinada comunidad, en relación con el desarrollo de la personalidad de éstas y la interacción de las mismas en el cuadro de las relaciones económico-sociales de la comunidad total.

El Derecho Justicial Material, tal como lo concibiera James Goldschmidt, es aquel que regula los mecanismos heterónomos de tutela que se activan ante la transgresión de las atribuciones dadas por el ordenamiento a los sujetos según el derecho privado (más en general, según el Derecho Material). Típicamente, estatuye las atribuciones y sujeciones de los particulares frente al Estado, así como los deberes y potestades de éste, en orden al reestablecimiento de las situaciones jurídicamente protegidas a los particulares agredidos en las mismas. Es el derecho de los remedios materiales. Regula la relación jurídica justicial material.

El Derecho Procesal, o como le llamara Goldschmidt, Derecho Justicial Formal, por su parte, regula típicamente la estrategia que se sigue para la composición jurídica definitiva de los conflictos de intereses de los particulares a cargo de los órganos estatales diseñados a este fin. Es decir, regula cómo han de ser planteados los conflictos ante estos órganos, cómo ha de ser procesada la información por los mismos y cuáles van a ser las posibilidades y imposibilidades de acción tanto de los sujetos privados en litigio como del órgano encargado de la resolución del conflicto; todo esto dirigido a una solución racional del conflicto. El punto de vista del Derecho Procesal, por diferencia con los anteriores, es una desinformación inicial con respecto a cuál de los sujetos haya sido en el caso el titular de una situación jurídica de ventaja asignada por el derecho material, que luego haya sido vulnerada por algún otro sujeto. Hay desinformación, por tanto, sobre si ha surgido un mecanismo de tutela que sea deber del Estado prestar al sujeto vulnerado. El juez (en los términos más

generales), ni sabe quién es el titular de la situación jurídica subjetiva de ventaja material que pretendidamente se ha vulnerado, ni sabe, por tanto, a quién le compete ser protegido por el Estado mediante la actuación de un mecanismo de tutela.

Hasta aquí, la síntesis de las ideas de Goldschmidt. Oigamos ahora, dado el olvido injustificado en que ha quedado esta fundamental doctrina, lo que él dice:

“El derecho justicial que, junto con el derecho político en sentido estricto y con el derecho administrativo, integra el derecho público de la comunidad estatal, se divide en el derecho justicial formal y en el material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como asimismo el derecho penal<sup>(12)</sup>”.

En la terminología de la época, la pretensión de tutela jurídica hace referencia al derecho a obtener una sentencia fundada. Citando aprobatoriamente a un autor contemporáneo de él, Weismann, nos dice Goldschmidt: “Desde el punto de vista puramente procesal, el derecho ejercitado con la acción, aparece, desde un principio, como incierto. Por otra parte, debe ser posible también contemplar la situación presuponiendo que existe entre las partes la relación cuestionada de carácter puramente jurídico-privado (...)”<sup>(13)</sup>.

La idea del Derecho Justicial Material es que, más allá de la consideración del derecho abstracto de acción, de índole procesal, es posible también analizar el aspecto material de los mecanismos de tutela debidos por el Estado al titular del derecho lesionado. Desde este punto de vista, **que no es procesal**, sino público y material, cabe hablar del derecho a una sentencia fundada. Es decir, del derecho a la actuación de un remedio.

“Claro está que la base pública del proceso es sólo la exigencia abstracta del ciudadano de que el Estado administre justicia. Pero en el caso de la exigencia del actor, acreedor según el derecho material

(12) GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Buenos Aires: EJE, 1959. La obra original se publicó en 1905.

(13) *Ibid.*: pp.43-44. Únicamente desapruueba Goldschmidt la referencia a que la relación entre las partes, desde una consideración diferente a la procesal, sea jurídica privada, ya que él la concibe pública.

de que el Estado le otorgue protección jurídica mediante una sentencia favorable, no se trata de eso (...). El establecimiento de una obligación del estado no producirá extrañeza a no ser que se niegue el Estado de Derecho. El inconveniente de la concepción de Wach consistió solamente en haber sostenido el carácter procesal de la exigencia de protección jurídica. Es un derecho no menos material que el derecho protegido por ella (...)<sup>(14)</sup>”.

### 1.2.2 Tres tipos de situaciones jurídicas subjetivas.

Puede verse ya, que estos tres sectores del ordenamiento traen consigo correlativamente tres tipos de situaciones jurídicas para los sujetos.

Una persona que ha vendido su casa en un contrato de compraventa, tiene la atribución de recibir un precio a cambio. Tiene un derecho de crédito a este respecto. Nótese que aún no estamos en una situación en que se haya presentado una transgresión a las disposiciones del derecho privado. Si su deudor no cumple con pagarle el precio, el acreedor tiene el derecho a que el Estado, por ejemplo, lleve a cabo una ejecución forzada de esta prestación. Este derecho a la ejecución forzada se dirige al Estado y reclama que éste cumpla con su deber de actuar ese mecanismo de tutela. Hay un derecho -idealmente, por lo menos- a la obtención de un mecanismo de tutela expropiatorio.

Asimismo, en lo procesal, cuando el acreedor plantee su demanda frente al juez, por la desinformación que el sistema presupone en éste respecto a la realidad de las cosas, tiene sólo el derecho frente al juez a que éste observe correctamente las reglas de la estrategia estatal de decisión de su conflicto de intereses (las reglas del proceso). Es un derecho procesal a la administración de justicia. Sólo si el juez llega a darse cuenta de que en verdad ha sido vulnerado en su derecho de crédito, este acreedor -en el proceso de ejecución de sentencia- reclamará, ahora sí, la actuación del mecanismo de tutela que debe serle prestado por el Estado.

Estas tres etapas nos permiten diferenciar un **derecho subjetivo material** (el derecho de crédito),

un **derecho subjetivo judicial material** (el derecho a la ejecución forzada), ambos en un contexto de certidumbre, y una (o más) **situaciones de ventaja procesales** (el poder de acción, el derecho al debido proceso, etc.), que son más bien propias de un contexto de incertidumbre con respecto al derecho material y al derecho judicial material.

Lo de contexto de certidumbre hace referencia a que en dicho plano del derecho no hay dudas respecto a quiénes sean titulares de qué situaciones jurídicas subjetivas y, por tanto, tampoco hay dudas respecto a quiénes tienen derecho a obtener un remedio (una sentencia fundada). El derecho se organiza desde la perspectiva de la certidumbre, en el Derecho Material y el Derecho Judicial Material. El contexto de incertidumbre, en cambio, hace referencia a cómo se ven los reclamos de situaciones de ventaja materiales al interior de un proceso judicial, donde el juez no sabe cuál es la verdadera situación material de las partes. El Derecho Procesal se organiza desde la perspectiva de la incertidumbre. En efecto, el derecho objetivo material, al interior del proceso judicial, es sólo una medida para el arbitrio judicial. Precisamente por eso, lo que es el orden legal extra proceso puede ser visto de manera diferente al interior del proceso, originándose una diferencia entre el orden legal y el orden judicial.

“De ahí que, según la opinión que concibe al derecho como medida para el arbitrio judicial, el juez mismo no puede ser sujeto u objeto de ligámenes jurídicos (nosotros completamos: materiales). Conforme a ese criterio -para nosotros: según esa perspectiva- el juez se halla por encima y, por lo tanto, fuera del derecho; la jurisdicción es (...) metajurídica<sup>(15)</sup>”. “Pero la dualidad de orden legal y orden judicial, que aparece en todos estos fenómenos, no se aclara antes de considerar el derecho como medida para el juez<sup>(16)</sup>”.

Nótese particularmente lo siguiente: el contexto procesal de incertidumbre sólo se ha de tener, para todos sus efectos, por superado una vez que el juez ha emitido una sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada. Por tanto, antes de este estadio procesal, sigue

(14) GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, Madrid: Labor, 1936. pp.29-30.

(15) *Ibid.*: p.48.

(16) *Ibid.*: p.50.

habiendo una situación de incertidumbre no sólo con respecto al derecho material, sino con respecto al derecho justicial material.

Con estos elementos del marco teórico, por lo demás, podemos entrar al confuso tema de la prescripción extintiva, que ha sido materia de polémicas, críticas y contracríticas basadas en malentendidos entre procesalistas y civilistas. Presentemos, ante todo, la polémica.

## 2 Polémicas sobre la prescripción extintiva y examen crítico.

### 2.1 Polémicas en torno a la prescripción extintiva.

En este campo, hay una fuerte discrepancia en la doctrina, que se muestra independiente de las tesis legislativas. Como veremos, ello no se debe a que la doctrina pretenda hacer de legisladora, sino a que estamos en presencia, poco más o menos, de un caos legislativo. Defecto imputable, si es que esta consideración pudiera ser relevante, no sólo a los legisladores nacionales, sino a los legisladores en general, de nuestra tradición jurídica por lo menos.

Respecto a cuándo se produce la prescripción, según unos es al solo vencimiento del plazo determinado por la ley<sup>(17)</sup>; según otros, en cambio, se

produce en virtud a un acto que hace valer dicho plazo<sup>(18)</sup>. Respecto a cuál sea el efecto de la prescripción, se polemiza si éste sea el de extinguir la “acción”<sup>(19)</sup> (entendida, como veremos después, como la situación de ventaja justicial material y no como el poder procesal de acción) o, más bien, el extinguir “el derecho” (entendido, según nuestros términos, como la situación jurídica material de ventaja cuya lesión ha dado lugar al surgimiento de una situación de ventaja justicial material -una “acción”, según larguísima tradición bastante mal comprendida). Se habla también de la extinción de la entera relación jurídica<sup>(20)</sup>. Podemos llamar **tesis sustancialistas** a aquellas que señalan que la prescripción extingue la situación de ventaja material, o la justicial material, o la relación jurídica material. La **tesis procesalista** es aquella según la cual la prescripción afecta a la tutelabilidad de la pretensión procesal, y nada más. En relación al objeto de la llamada renuncia a la prescripción, según unos se renuncia a la prescriptibilidad de la relación jurídica<sup>(21)</sup>; según otros, se renuncia a la liberación de la relación jurídica ya conseguida con el solo transcurso del plazo, con lo que “reviviría” la relación jurídica<sup>(22)</sup>, y según otros, se renunciaría a un poder (*rectius*: derecho) procesal de excepcionar<sup>(23)</sup>. Hay quienes afirman, además, que lejos de dar lugar únicamente a una excepción en el sentido procesal de la palabra, la prescripción puede ser demandada<sup>(24)</sup>, e incluso puede

(17) Tal es la tesis, en línea de ejemplo, de GRASSO, Biaggio. *Enciclopedia del Diritto. Voz: Prescrizione (Diritto Privato)*. Tomo XXXV. Giuffrè, 1986. p.59.

(18) *Ibid.*; pp.58-59. Allí se señala la opinión de AZZARITI y SCARPELLO y de TROISI. *La prescrizione come procedimento*. Napoli, 1980.

(19) Tal es al parecer la opinión común en la doctrina civilista nacional, al menos según se infiere de las obras sobre la materia de Fernando Vidal Ramírez y de Marcial Rubio Correa. En Italia, éste es el parecer de Giuseppe Panza, aún cuando según el artículo 2934 del Código Civil italiano “Todo derecho se extingue por prescripción, cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley”. Sin embargo, como pone de relieve este autor, “a tale norma non può attribuirsi alcun valore definitivo” y citando a continuación a Auricchio, prosigue “poiché la stessa natura strettamente teorica del problema esclude la validità di una soluzione legislativa”. PANZA, Giuseppe. *Digesto. Voz: Prescrizione*. Torino, Italia. p.226. Esta constatación sobre la “naturaleza estrictamente teórica del problema, que excluye la validez de una solución legislativa”, guarda asimismo pleno valor para nuestro caso, en relación a la posición contraria establecida por el artículo 1989 de nuestro Código Civil, según el cual “la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”.

(20) Ésta es la posición de la mayoría de la doctrina italiana, concordante con el artículo citado de su código en la nota anterior, y que comparte, por ejemplo, Francesco Messineo, Nicola Coviello (ambos en sus respectivos Manuales), Umberto Breccia, Lina Bigliuzzi, Ugo Natoli y Francesco Busnelli en la obra colectiva *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p.487 y Biaggio Grasso. Disiente, sin embargo, FALZEA. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIV, Voz: Efficacia. Milano, 1965 y, en su línea, VITUCCI, Paolo. *La prescrizione*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1990, ambos en posiciones cercanas a las de Giuseppe Panza.

(21) Así, Troisi. Según PANZA. *Op.cit.*: p.230.

(22) Tal es el parecer de Oppo, en su obra *Adempimento e liberalità*. Milano, 1947. Según PANZA. *Op.cit.*: p.237, nota a pie de página 80. Asimismo, éste fue el parecer de una casación italiana del 5 de enero de 1980. PANZA. *Ibid.*

(23) Es el parecer de PANZA. *Op.cit.*: p.241. “Inoltre, se la rinuncia alla prescrizione in altro non consiste che nella dismissione del potere di eccezione coincidente con il compiersi della prescrizione (...)”. Es decir: “Además, si la renuncia a la prescripción no consiste en otra cosa que en la renuncia al poder de excepcionar coincidente con el cumplimiento (del tiempo) de la prescripción (...)”. La oración entera y el contexto dejan ver que ésta es efectivamente una afirmación, más que un supuesto condicional.

(24) Así, por ejemplo, Pugliese, Auricchio, Biaggio Grasso, Paolo Vitucci, y en general la mayoría de la doctrina italiana. Según PANZA. *Op.cit.*: p.237 y pie de página número 90.

ser opuesta extrajudicialmente<sup>(25)</sup>. También existe la opinión contraria, según la cual la prescripción sólo puede ser hecha valer como excepción en sentido procesal de la palabra<sup>(26)</sup>.

La polémica en torno a la prescripción, asimismo, no ha dejado a salvo lo concerniente a los fundamentos de la institución. Según se conciba una tesis procesalista del efecto de la prescripción, o una tesis sustancialista del efecto de la misma, ciertamente, el fundamento postulado para esta institución será diferente. Y según ello, se tendrá determinada opinión sobre aquello que en nuestro ordenamiento jurídico sea imprescriptible. Respecto a tales **criterios generales** de imprescriptibilidad, en donde nuestro Código Civil guarda gran silencio, como se ve, adquiere relevancia práctica una discusión relativamente abstracta como es la relativa a los fundamentos de la institución.

De este panorama, sólo analizamos aquí algunos aspectos, los que creemos los más necesarios para abrir paso a una teoría fecunda de la prescripción.

## 2.2 Examen crítico de las tesis en polémica.

### 2.2.1 En torno a los efectos.

a) Extinción de la situación de ventaja afectada (del “derecho”). Se podría preguntar cuál es la utilidad que tiene para nuestra doctrina analizar una tesis de este tipo, según la cual se extingue el derecho mismo, si es que nuestro Código Civil establece claramente que la prescripción extingue la ‘acción’ pero no el derecho mismo. Una de las intenciones de este trabajo es precisamente mostrar que en torno a este tema, y tal como se señalara anteriormente, el valor de la norma legislativa no es necesariamente esencial.

Quienes en Italia sostienen, desde la vigencia del actual Código Civil de ese país, la tesis de que la prescripción extingue el derecho mismo cuya afectación se encuentra a la base de la pretensión hecha valer en el proceso (tal sería el caso del derecho de crédito en el

caso de un proceso de ejecución de garantía hipotecaria), tienen como base principal la posición consagrada por el artículo 2934 de su Código, que afirma eso. Defensores de una tesis así, sin embargo, han existido en la misma Italia desde antes de la entrada en vigencia del actual código, a pesar de que el anterior código no zanjaba expresamente (o, más exactamente, no pretendía zanzar) el problema. Defensores de una tesis así, según nos informa Karl Larenz en su libro *Derecho de Obligaciones*, también existen en Alemania, incluso desde la pandectística. Ello, aún cuando el Código Civil alemán no es expresamente de ese parecer. Y tampoco el autor mencionado.

De particular relieve para nuestro caso, asimismo, podrían ser las opiniones que hay en la doctrina española. El Código Civil español tiene una posición bivalente al respecto. Regula en el Libro IV, De las Obligaciones y contratos, Título XVIII, La Prescripción (tanto lo relativo a la prescripción extintiva como a la usucapión, a las cuales dedica un capítulo de normas generales). En el primero de los artículos de dicho título, el artículo 1930, dice: “Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción, los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”. Pero, a la par que este artículo establece este efecto sustancial de la prescripción, cuando en el capítulo tercero de dicho título se pasa a regular la prescripción extintiva, se olvida totalmente de ese efecto sustancial de la prescripción y el capítulo empieza diciendo, así, que: “Artículo 1961.- Las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley”.

A pesar de esta vaguedad del Código Civil español, José Puig Brutau es uno de los que sostiene el alcance sustancial de la prescripción (extintiva). Afirma en efecto que: “(...) puede afirmarse que en la prescripción el derecho se extingue porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado<sup>(27)</sup>”.

(25) De este parecer es FERRUCCI. *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIII, 1966. Voz: *Prescrizione estintiva*. Según BIGLIAZZI y otros. Op.cit.; p.502. quienes en la nota a pie número 277 citan esta frase: “el acto con el cual se hace valer la prescripción puede ser ejecutado también fuera del proceso, desarrollando en todo caso una función constitutiva (...) en cuanto productora de la verdadera extinción del derecho”.

(26) Así, PANZA. Op.cit.: pp.237-238.

(27) PUIG BRUTAU, José. *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona: BOSCH, 1988. p.38. Resulta interesante señalar además que, en sede nacional, a pesar de lo establecido por el artículo 1989 de nuestro Código Civil, y aún cuando esta opinión no haya sido plasmada aún por escrito, hasta donde sabemos, el civilista y profesor Freddy Escobar Rozas sostiene igualmente el efecto sustancial de la prescripción.

¿Cuál es en el fondo la razón por la cual, **independientemente de la declaración legislativa que a la sazón se haya dado**, existe doctrina que sostiene para la prescripción el efecto de extintivo de la situación de ventaja misma? En el fondo, es la convicción del carácter coactivo del derecho la que mueve a esta doctrina a sostener que carece de toda relevancia, de toda utilidad, de todo sentido inteligible (y por ende, de sentido mismo), el indicar que exista una situación **jurídica** material de ventaja respecto a un sujeto, si es que el ordenamiento no provee de remedios, mecanismos de tutela, ante el evento de la agresión a su interés (del sujeto). Si en efecto, pudiéramos saber respecto a una situación determinada, de antemano, que no conlleva mecanismo de tutela legal alguno que pudiera ser actuado en el caso de la agresión, entonces estaríamos ante una mera situación de ventaja de facto. Y la calificación de jurídica a una situación tal, sería, ante su plena inutilidad, en puridad de términos, asignificativa. Más adelante veremos cómo puede entenderse este fundamento de la tesis sustancialista, fuera de una jurisprudencia de conceptos; cómo puede verse que no procede por una definición relativamente arbitraria. A continuación, analizamos los pro y los contra de las críticas que se han dirigido a esta tesis sustancialista.

La principal crítica es que el pago que se hace al acreedor de una deuda ya prescrita (más allá del problema de cuándo se produzca la prescripción), no es un pago indebido, y por ende no es repetible. Sin embargo, se ha dicho, si es que la prescripción hubiera extinguido el crédito, entonces dicho pago, de conformidad con las reglas del pago indebido, debiera ser repetible, lo cual no ocurre (según el artículo 1275 del Código Civil, para nuestro caso). Una tesis así es sostenida por Domenico Barbero como fundamento exclusivo para sostener, incluso con el actual Código Civil italiano, que la prescripción sólo extingue la acción pero no el derecho<sup>(28)</sup>.

Ahora bien, esta crítica es insuficiente. Se ha respondido que la norma de la irrepitibilidad del pago

es una norma que establece únicamente una válida *causa solvendi*, es decir, una justa causa de atribución patrimonial. Pero eso no quiere decir que haya un pago. Como en los otros casos en que la atribución patrimonial es irrepitible (el cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social), esto es así porque al ordenamiento le repugna que esos desplazamientos patrimoniales, todos los cuales van precedidos de una intención socialmente calificada como positiva, puedan ser revertidos. La idea que habría que ver es que, por este medio, el ordenamiento no pretende satisfacer una nueva motivación egoísta (que pediría la repetición) en quien antes actuó de un modo positivo, pues afectaría a un tercero y a la conciencia social. El así llamado pago del crédito prescrito, por tanto, es irrepitible por esas consideraciones y no por el hecho de que constituya el cumplimiento de un débito frente a un acreedor.

La debilidad del argumento de la irrepitibilidad del pago ha sido vista incluso por algunos de quienes defienden la idea de las obligaciones naturales. En efecto, si bien Enneccerus, Kipp y Wolff admiten la existencia de obligaciones naturales, dicen prudentemente: “Pero conviene advertir que no debe verse el reconocimiento de una obligación jurídica en el solo hecho de excluir el crédito de repetición. Por ejemplo, en el 814 del Código Civil se excluye la repetición de la prestación hecha para cumplir un deber

---

### Las funciones de la prescripción (...) son (...) la de extinguir la situación de ventaja (...) y (...) la de asegurar el tráfico (...)

---

moral. Pero esto, exactamente considerado, sólo prueba que el ordenamiento jurídico desaprueba la repetición, viendo en el cumplimiento voluntario una *causa acquirendi* suficiente -pero no que se trate del cumplimiento de una obligación jurídica siquiera

(28) BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I. Buenos Aires: EJE 1967. Traducción de la sexta edición italiana. p.350. Dice allí: “La ‘prescripción’, contra la opinión común y el texto mismo legislativo, no extingue el crédito en sí como relación sustancial, sino solamente la acción que garantiza su ejercicio. Lo cual (...) se prueba por el art. 2940 (referido a la irrepitibilidad del pago de una deuda prescrita)”.



debilitada<sup>(29)</sup>". En un sentido parecido se pronuncia Michelle Giorgianni<sup>(30)</sup>.

Tampoco valdría la crítica según la cual el crédito prescrito puede ser materia de regulación comercial o de compensación, por ejemplo. En verdad, para poder sostener que tales operaciones puedan versar respecto a un derecho prescrito, primero tendríamos que demostrar que existe tal derecho prescrito. Pero no puede intentarse demostrar esto último a través de lo primero. Esto sería una petición de principio, una falacia.

b) Extinción de la justiciabilidad de la pretensión procesal. Según una tesis procesalista, la prescripción únicamente tiene por efecto extinguir la justiciabilidad de la pretensión procesal del demandante (o reconviniente, o tercero excluyente principal)<sup>(31)</sup>. La justiciabilidad se extinguiría ya que la interposición exitosa de una excepción de prescripción extintiva tendría el efecto de hacer decaer el interés para obrar del demandante, determinando así el rechazo *in limine* de su pretensión procesal, al no existir entonces (por causa sobreviniente a la interposición de la demanda) una así llamada "condición de la acción"<sup>(32)</sup>.

El criterio para el éxito en la interposición de una excepción de prescripción extintiva no es, según esta tesis, la evidencia de que según el derecho material el demandante acreedor tiene un crédito insatisfecho, por causa del demandado deudor, por un determinado tiempo sin que se haya actuado mecanismo de tutela alguna para remediar dicha situación. El criterio es, más bien, una **consideración meramente hipotética sobre el derecho material**: de ser cierto que el demandante fuera acreedor y el demandado deudor, el primero habría dejado pasar el tiempo establecido por ley para que haya lugar a la prescripción, por lo que el segundo estaría apto para liberarse por prescripción. De esa manera, aún cuando no se afirme nada real sobre la situación material de las partes, la sola consideración de que el conflicto planteado en la pretensión procesal estaría afectado por una falta de interés real suficiente por quien se considera acreedor, hace que, a raíz de la interposición de la excepción, el conflicto no admita resolución sobre el

fondo: sobreviene una falta de interés para obrar procesal. Como se ve, el criterio para declarar fundada la excepción de prescripción se mueve en un contexto de incertidumbre y es, así, **típicamente procesal**.

Precisamente se ha indicado que la prescripción, en virtud a ese tipo de consideraciones, debe ser amparada tanto si el demandante nunca ha sido en verdad acreedor, como si lo ha sido y su crédito ya ha sido pagado, o como si en verdad su crédito no hubiera sido pagado pero hubiera transcurrido el plazo de ley<sup>(33)</sup>.

Parece, sin embargo, que esta tesis, que (es verdad) también se condice con la regulación procesal referida a la excepción de prescripción por el demandado, hace caso omiso de que la prescripción, tal como encuentra en el Código Civil, se mueve claramente en el plano del derecho material. Por lo pronto, imaginemos que en un primer proceso A demanda a B el pago de un crédito. B, que en verdad no es deudor de A, opone la excepción de prescripción y se la declaran fundada. Posteriormente, un representante autorizado de B realiza un pago a A, por el presunto crédito que ha sido declarado prescrito. Enterado de este hecho, B demanda dentro del plazo legal repetición del pago indebido (artículo 1274 del Código Civil). En este caso, para saber si el pago es irrepetible o no según el artículo 1275 del Código Civil, será necesario saber si es que antes de la excepción de prescripción interpuesta en el proceso inicial A era o no acreedor de B. Quiere decir, por tanto, que una de las reglas relativas a la prescripción (la referida al efecto del pago del crédito prescrito) preceptúa que el beneficio de la irrepetibilidad es adjudicación dada al acreedor (verdadero acreedor) del llamado crédito prescrito.

Por lo demás, la terminología del Código Civil deja ver con claridad que la prescripción tiene un efecto en la relación obligatoria de un (verdadero) acreedor y un (verdadero) deudor. Así, el artículo 1196 de nuestro Código Civil menciona que: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto

(29) ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Tratado de Derecho Civil*. Segundo tomo: Derecho de Obligaciones. I. 2a.ed. Barcelona: BOSCH, 1954. p. 13. Nota a pie de página 4.

(30) GIORGIANNI, Michele. *La Obligación (la parte general de las obligaciones)*. Barcelona: BOSCH, 1958. p. 116.

(31) En adelante, cuando se hable, en relación a la prescripción, de la pretensión del demandante, salvo indicación en contrario, lo dicho respecto al demandante será extendible también al reconviniente y al tercero excluyente principal.

(32) En sus clases, la profesora Ana María Arrarte, procesalista nacional, ha expresado que por la prescripción se impide que la pretensión material se convierta en pretensión procesal. Esta opinión, hasta donde alcanzamos a conocer, no ha sido puesta todavía por escrito.

(33) Esto es lo que indica VITUCCI, Paolo. Op.cit.: p.26.

respecto de los demás deudores o acreedores”. Para citar sólo otro ejemplo, según el artículo 1996, inciso 1, del Código Civil patrio, “Se interrumpe la prescripción por: 1. Reconocimiento de la obligación”.

La tesis procesalista, por tanto, sólo puede recibir su aval de la necesaria situación de incertidumbre en que se ubica el derecho material en el proceso judicial<sup>(34)</sup>, y que no es eliminada sino sólo por sentencia, y no por un auto que resuelve favorablemente una excepción de prescripción. La tesis procesalista se condice muy bien con la normativa procesal, y allí es del todo punto válida, pero peca por exceso ya que deja totalmente en la sombra la explicación del alcance material que el Código Civil sin lugar a dudas da a la prescripción.

### 2.2.1 En torno al momento en que se produce la prescripción.

a) Con el solo vencimiento del plazo. Ciertamente, la afirmación de que la prescripción se produce de pleno derecho con el solo vencimiento del plazo sólo puede ser posible dentro de una concepción según la cual la prescripción se sitúa en el plano del derecho material. En efecto, de conformidad con una afirmación así, la prescripción se habría producido incluso si es que no hubiera sido opuesta en un proceso judicial. Esta afirmación puede ser sostenida tanto por quien admita que la prescripción extingue la situación material de ventaja misma, como por quien sólo admite que extingue la situación de ventaja judicial material (el remedio). Nuestro Código Civil establece en su artículo 2002 que: “La prescripción se produce vencido el último día del plazo<sup>(35)</sup>”. Por lo demás, decir que una acción o una pretensión (como en el caso del BGB) prescribe, digamos, a los 10 años, es diferente a decir que prescribe

si, luego de los diez años, se opone la excepción de prescripción (o se hace valer, en general, el plazo).

A una postura de este tipo se le han dirigido grandes críticas. Se ha dicho que si la prescripción extingue el derecho material mismo, el pago que se realice luego del plazo sería un pago indebido, pero no es irrepetible. Esta objeción, sin embargo, ya está respondida. Más importante es lo siguiente: si no se opone la prescripción, entonces se crea un divorcio entre proceso y realidad, ya que se sentencia protegiendo a un acreedor que no es tal. Asimismo, en relación a la tesis de que luego de la prescripción queda el derecho pero insertado en una obligación natural, subsiste el divorcio entre proceso y realidad en caso no se oponga la excepción: se otorga un mecanismo de tutela a quien era un acreedor natural.

La tesis del funcionamiento de pleno derecho de la prescripción también ha sido defendida aduciendo que sí se pierde efectivamente el derecho (o, según la otra variante, que sí se hace efectivamente intutetable el crédito). Lo que sucede es que cuando se renuncia a la prescripción, revive el derecho (o, según la variante, revive la tutelabilidad del crédito).

Esta última defensa, sin embargo, y como ya ha sido señalado por Troisi y Giuseppe Panza, no resulta aceptable. Salva una situación irrazonable a costa de una afirmación manifiestamente forzada. Ésta es la principal debilidad de la defensa del efecto automático del plazo.

Aparte de ello, nosotros podríamos indicar, además, que una defensa de este tipo, cuando se trata de una tesis según la cual la prescripción extingue el derecho, resulta metódicamente incongruente: en efecto, ¿qué disposición consagra como una fuente de las obligaciones a la renuncia? Aun cuando la renuncia

(34) Nótese, de paso, que el hecho de que en los procesos ejecutivos y en los de ejecución de garantías el proceso parta de una presunción de verdad de la pretensión procesal, no desdice nuestra afirmación, toda vez que, justamente, se trata de una mera presunción y no una certeza judicial. Y la diferencia no es sólo de grados, sino de status jurídico. A diferencia de la presunción, la certeza judicial es una certeza cualificada: una certeza vinculante. Una certeza que no es -y ni siquiera principal o necesariamente es- el grado de convicción real del juez (La sentencia no puede anularse si el juez disienta de lo que declaraba como cierto en la sentencia). Esta certeza es la manifestación judicial mínima necesaria para producir un estado jurídico procesal de las partes, de sujeción al accertamiento de sus situaciones jurídicas subjetivas (o a veces también meros hechos) involucradas en la relación material, o conflicto de intereses, como también se llama a menudo. Aunque debe recordarse lo que pusiera de relieve Jaime Guasp en *La Pretensión Procesal*, de que la teoría del conflicto de intereses es materialmente excesiva, y de que, por otro lado, la segunda expresión manifiestamente tenga el defecto de la ambigüedad, al ser usada también ampliamente en otro sentido en el derecho material. Preferimos hablar, por tanto, de relación judicial material postulada.

(35) Así, el artículo 1961 del Código Civil español establece que “las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley”. En similar sentido, el artículo 2962 del Código Civil italiano establece que: “(...) la prescripción se verifica cuando ha cumplido el último día del término”.

ciertamente es un acto unilateral, no se trata de una promesa unilateral. Además, si se dijera que la fuente de la obligación en este caso es la ley: ¿de qué disposición normativa deberíamos servirnos para avalar esta última afirmación? Ninguna expresa. Y si entonces se dijera que esto está implícito en el sistema, cabría replicar que conforme a una regla del sistema en materia de derecho privado, un acto unilateral, en tanto tiene una estructura y función dimisiva, no es idóneo para surtir efectos jurídicos en la esfera de otro sujeto<sup>(36)</sup>.

El carácter forzado de la reviviscencia de la relación jurídica se duplica cuando se considera que, a pesar de la renuncia a la prescripción por el deudor, la prescripción puede seguir siendo usada. En efecto, según el artículo 1885 de nuestro Código Civil: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona”.

Puede concluirse, por tanto, que la tesis del funcionamiento de pleno derecho de la prescripción no puede ser aceptada. Lleva a la consecuencia absurda de un divorcio estructural proceso-derecho.

b) Con la realización de un acto que haga valer el plazo. En razón a estas críticas, la otra postura es que con el solo vencimiento del plazo lo que se produce no es la prescripción, sino la prescriptibilidad del derecho. La prescripción se verificaría sólo con un acto que haga valer la prescriptibilidad otorgada por el plazo. De este parecer es, como ya se ha dicho, Troisi. Así, la prescripción sólo se produciría cuando, opuesta la excepción de prescripción, el juez la declara fundada.

Se critica a esta tesis que, aun cuando supera el divorcio proceso/derecho, la ley no habla nunca de prescriptibilidad. Además, si lo que hay luego del plazo es mera prescriptibilidad, entonces para que haya renuncia a la prescripción (que es aquello de que habla la ley) sería necesario que el deudor haya opuesto la excepción respectiva y se la hayan declarado fundada, lo cual constituye una comprensión forzada de las

cosas. Pero no cabe renuncia a ello en nuestro ordenamiento<sup>(37)</sup>. Además, esta tesis no podría explicar cómo la falta de oposición de la excepción justamente viene considerada como renuncia<sup>(38)</sup>. Ahora bien, estas críticas siguen manteniéndose a un nivel meramente literal, aun cuando la literalidad lleva a un absurdo.

Totalmente alejados de un criterio histórico de interpretación, dadas las críticas que se ha hecho ver en el punto precedente, guiados por un criterio de razón de ser de la norma (suponiéndola útil y coherente con el sistema), y entendiendo que al hablar de ‘prescripción’ el legislador muestra un simple fenómeno de sinécdoque (no retórica, sino coloquial, lo cual es frecuente), de mencionar a la causa por el efecto, es posible entender las normas que parecen absurdamente hablar del efecto automático del plazo, como normas que se refieren en verdad a la prescriptibilidad.

Por último, aún si no se aceptara esta vía de interpretación, y si se entendiera que las normas hablan (es cierto que, como se ha hecho ver, absurdamente) del efecto automático del plazo, ante las colisiones normativas (contradicción de normas) consecuentes (que la crítica ha puesto de relieve), mas aun, ante la disfuncionalidad sistémica que se originaría en tal caso, cabe recurrir a los criterios que solucionan las colisiones. De no aceptarse la vía interpretativa que hemos propuesto de la sinécdoque, los criterios comunes: norma superior, primero, y norma especial y/o norma posterior, luego, no servirían para solucionar la colisión. No es un problema de jerarquía. Además, la contradicción, lejos de ser de dos normas, es una colisión de funcionalidades internas: subsistemas normativos enteros. La situación sería entonces la de una laguna legal por contradicción de normativa, en relación al efecto del plazo, e integrando la laguna por vía de principios, la solución más acorde con el principio de que la jurisdicción acierta (de *accertamento*), declara la situación de derecho material (lo cual es contrario a la existencia estructural, ineludible, de un divorcio proceso/ realidad), cabe sostener que el efecto del plazo es la prescriptibilidad.

(36) PANZA. Op.cit.: p.236.

(37) Una tal posibilidad de renunciar al efecto de un auto que declara fundada una excepción no es sostenible, habida cuenta que la parte que ha producido un acto procesal sólo puede desistirse del mismo si es que éste la situación procesal a la que se renuncia aun no ha producido efecto (artículo 342 del Código Procesal Civil).

(38) Estas son las críticas que dirige a una posición así GRASSO, Biaggio. Op.cit.: p.59.

### 3 Esbozo de los caracteres de la prescripción.

#### 3.1 En torno a los efectos.

##### 3.1.1 El carácter coactivo y valorado de la situación jurídica de ventaja.

Empecemos aquí acabando con posibles malentendidos respecto a nuestra propia postura. Para empezar, no compartimos la postura imperativista de la Teoría del Derecho. El Derecho no sólo se compone de imperativos. Por otro lado, para que una norma sea calificada como jurídica, no es requisito de la misma que exista una norma que prevea la sanción a la infracción de la primera. Esto no es así ni siquiera en el caso de las normas (que no son todas) que establecen obligaciones. ¿No son jurídicas acaso las normas del Código Civil que establecen la obligación a los jueces (pero no sólo a ellos) de interpretar los actos jurídicos según ciertos criterios? A pesar de no tener sanción, nadie duda que pueden servir de fundamento a una demanda o una apelación. Sí creemos, en cambio, que el ordenamiento jurídico, por definición, contiene un elemento coactivo institucionalizado. Compartimos así, en este punto, la postura de H.L.A. Hart, Henkel<sup>(39)</sup>, entre otros. Ahora bien, además de ello, rescatamos una parte de verdad en la visión coactivista del Derecho: en relación, no a las normas jurídicas, sino a la concepción

de las situaciones jurídicas de ventaja, para sostener que estas conllevan necesariamente mecanismos de tutela detrás de sí. Sólo el recurso a esta concepción coactivista, por lo demás, nos parece que puede sustentar la tesis sustancialista, a despecho de la redacción del artículo 1989 de nuestro Código Civil.

¿Cuáles son las principales consecuencias de sostener que la prescripción extingue la situación jurídica de ventaja misma? Para empezar, que el crédito prescrito, no existiendo ya, no puede servir para una compensación. Asimismo, que no puede cederse. Tampoco puede ejercerse respecto a él una resolución extrajudicial por incumplimiento, lo que sí podría hacerse de sostenerse una tesis diferente, toda vez que tras la oposición exitosa de una excepción de prescripción, el acreedor sólo habría visto imposibilitada la tutela judicial de su crédito, pero seguiría subsistiendo el incumplimiento<sup>(40)</sup>. Asimismo, si bien el pago tras la prescripción no sería repetible, contrariamente a lo que afirman varios y respecto a lo que ya hemos hablado, la regulación de dicho acto de “pago” sería diferente. De ser un acto debido, ante el caso de un verdadero pago, estaríamos ante un negocio jurídico, con todo lo que ello implica de diferente. La resolución de estos problemas no puede ser dejada ciertamente a la virtud de una definición estipulativa, relativamente arbitraria, de lo que es situación de ventaja material: definiéndola como **la imputación de**

(39) HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968. p.164.

(40) Un caso ejemplificará las **consecuencias desastrosas** de aceptar una tesis diferente a la de la extinción de la situación de ventaja material misma. Imaginemos que dos personas celebran un contrato de compraventa de una casa en el cual hay una cláusula resolutoria expresa que, en caso de incumplimiento en el pago del precio, el comprador puede resolver a su sola voluntad el contrato. Se establece además (lo que es frecuente) que la omisión en el ejercicio de derechos que surjan del contrato no significará renuncia, y que la renuncia sólo podrá entenderse hecha si se hace por declaración expresa. Llegada la oportunidad de pago, el comprador no paga el precio. El vendedor no se preocupa mucho por esta situación y, por tanto, transcurre el plazo de prescripción correspondiente. Vencido dicho plazo, y urgido ahora de dinero, el vendedor demanda el pago a su comprador. Este le opondrá victoriosamente una excepción de prescripción y por ende el proceso judicial concluye. Mueren ambos sujetos, mueren posteriormente sus herederos y, por tanto, estamos ahora frente a los nietos. Los nietos del vendedor entonces hacen uso de la resolución extrajudicial por cláusula expresa y, luego, interponen una demanda de desalojo respecto del inmueble. La demanda se interpone 60 años luego de celebrada la compraventa. Los nietos alegan que si bien el crédito al precio está prescrito, existe. Y subsiste todavía porque la ley sólo ha señalado un plazo de prescripción y no de caducidad para ese crédito. El incumplimiento además persistió. Así, estaban perfectamente legitimados a resolver el contrato. Señalan, además, que tenían todavía el derecho de resolución extrajudicial del contrato, aun a pesar del tiempo transcurrido, toda vez que, no siendo tal derecho una “acción”, no prescribe, y además, el Código Civil no ha establecido un plazo de caducidad para tal derecho, siendo por tanto un derecho sin fin salvo que se ejerza. La figura del abuso del derecho no es pertinente en este caso, ya que esa figura sólo tiene por finalidad evitar el ejercicio extralimitado de un derecho, pero nunca puede hacer desaparecer el derecho mismo. Pero si no se amparara la demanda de ellos, alegando abuso de derecho de resolución o de derecho de restitución, con ese mismo razonamiento nunca podrían resolver extrajudicialmente el contrato y/o demandar nuevamente la restitución, ya que, en cada nueva oportunidad, al transcurrir más el tiempo, con mayor razón se vería que hay abuso del derecho. De esta forma, en verdad, vía la prohibición del abuso del derecho se les habría eliminado su derecho, desfigurándose la doctrina del abuso. A no ser que la prescripción haya extinguido el crédito, la demanda de desalojo debería ser declarada fundada, a pesar de que el incumplimiento ha sucedido hace 60 años atrás. Claramente esa sería una situación absurda e injusta. Y de aceptar que según las reglas del Código Civil la demanda debería ser declarada fundada, habría que sospechar que esas reglas dan origen a algunas consecuencias normativas inconstitucionales, como ésta. En el caso, se estaría afectando el derecho constitucional de propiedad de los demandados.

**una manera de ser, una posición, a un sujeto, tal que de ser vulnerada, tiene el efecto de generar remedios, tutelas, que garantiza (directa o indirectamente) el Estado.** No pretendemos guiarnos por este proceder conceptualista, sino que actuamos aquí conforme a una dogmática contemporánea<sup>(41)</sup>.

Lo que haya sido establecido como regla de conducta para la sociedad (la norma jurídica) dista mucho de ser el fruto de un ejercicio intelectual del legislador. La dogmática, por ineludibles exigencias político-sociológicas de un Estado de Derecho en una sociedad inestable necesitada de regulaciones adaptables a sus necesidades, entiende más bien a la norma jurídica como un acto de poder ubicado en un contexto de establecimiento de políticas de convivencia y desarrollo en una sociedad compleja, a la cual ha precedido el avizoramiento de una necesidad social o un problema en la misma, y para cuya solución se ha valorado positivamente determinado estado ideal (el de la consecuencia jurídica) de los protagonistas de aquel drama en relación al motivo de la inestabilidad social, que es con frecuencia uno o más bienes de la vida, por naturaleza escasos.

Pero es justamente por esto, por el repudio a la jurisprudencia de conceptos (que es muy distinto a repudiar la claridad conceptual del pensamiento), por lo que en sí mismo, además de rechazarse la validez *ex-se* de una definición cualquiera de situación jurídica de ventaja material, debe quedar en claro también que no tiene valor definitivo alguno, para la comprensión del **evento normativo mismo** que significa el artículo 1989 de nuestro Código Civil, el lenguaje que el jurista que ideó aquel precepto haya utilizado en su redacción. Lo importante, y, esto es lo que debe quedar establecido, es el evento normativo mismo a ser conocido en su dimensión de regla entre seres humanos. Y, en general, para captar lo que cualquier evento normativo bajo esa consideración sea (qué problema y función social guió al acto de poder normativo), propia es una jurisprudencia humanista, que encierra en sí como componentes virtuales la apreciación de los intereses de los sujetos involucrados

en juego, los valores en juego, las opciones políticas en juego, las determinantes y las resultantes sociológicas del acto de normación, la distribución y las utilidades de los bienes de la vida implicados. Jurisprudencia (o diríamos igualmente dogmática) que, siempre en su carácter de raciocinio constitutivamente práctico más que cognoscitivo, en la medida en que se interesa por aprehender el evento normativo en tanto que regla, no puede confundirse con una ciencia social.

Todo titular de una situación jurídica de ventaja, todo propietario, acreedor, poseedor, todo el que tiene un derecho potestativo, del que tiene una expectativa jurídica, etc., en la situación social normativamente representada tras la propiedad, el crédito, etc., tiene una aproximación a un bien de la vida que es característicamente diferente de la que todo otro sujeto sin tal calidad jurídica tiene o puede tener respecto a tal bien. La idea del Derecho para una población es, en su epidermis más profunda antropológicamente apreciable, la idea de un orden. Y la idea de un orden no podría existir si no estuviera presente la idea de un límite, cuya necesidad es sentida como primordial. Un límite define lo que hay a un lado y al otro, y el límite, apreciado por tanto como valioso, debe ser respetado. Así, si antes del Contrato Social -constructo justificativo meramente filosófico-, o mejor, si antes de la posición originaria Rawlsiana, respecto a los bienes que pueden haber en la vida nadie puede sentirse seguro ni dueño, y un sujeto es frente a un bien sólo una contingencia que se sostiene a duras penas, luego del Contrato Social (o posición originaria), establecido el orden, y como parte de éste, diversos derechos a los sujetos, ya la posición de un sujeto privilegiado por un derecho frente a un bien de la vida es cualitativamente diferente a la posición de otros sujetos respecto a dicho bien. El orden impone un respeto a la atribución hecha y el sujeto, por tanto, tiene característicamente una pretensión de exclusión respecto a la utilidad de dicho bien frente a sus congéneres. Ostenta una ventaja por la que puede pretender ante el resto, luego de ese momento originario, el respeto a su atribución<sup>(42)</sup>. Es característico de toda situación jurídica de ventaja, por tanto, el que alrededor del límite que

(41) El repudio a la jurisprudencia de conceptos, y su sustitución por una dogmática, en términos de Robert Alexy, que sea expresión de la razón práctica, empezó justamente con aquel que fue un gran defensor de esta metodología conceptual de la dogmática: Ihering. Y, pasando por muy diversas variantes, jurisprudencia sociológica, jurisprudencia de conceptos, el derecho como planificación social, etc., la dogmática categorialmente regimentada por las actividades de la razón práctica constituye, tras cerca de 100 años, la actual visión comprensiva, el nuevo Weltanschauung, de los agentes de la dogmática jurídica.

(42) No resulta inconcebible que el Estado, surgido tras el Contrato Social, hubiera permitido que, ante la vulneración del límite que

ella significa, la defensa de su infranqueabilidad corresponda al Estado. En términos aun más concretos, son los órganos jurisdiccionales los guardianes paradigmáticos de dichos límites.

Por eso que el deudor que es renuente a proporcionar a su acreedor la utilidad, el resultado, que es el fruto de la prestación que debe cumplir, se expone a indemnizar al segundo el perjuicio que le ocasione y si aún esta nueva obligación de indemnización no cumpliera, se expone a que un juez ordene la extracción y el remate de aquella parte de su patrimonio necesaria para, a través de su venta, satisfacer al acreedor. Por eso es que el propietario que ve invadido su terreno tiene a su disposición el derecho (justicial material) a exigir a los tribunales que éstos hagan que el invasor le restituya el bien del que ha sido despojado. Por eso la vulneración, cuando ello sea posible, del derecho potestativo de un sujeto, o de su interés legítimo, por ejemplo, hace que el afectado deba ser indemnizado e inclusive en el último caso, en la medida en que está proscrito el abuso del derecho (que afecta el interés legítimo), se abren al afectado las puertas de la tutela inhibitoria.

En la situación de los estados constitucionales contemporáneos, la construcción de los sistemas de derechos acarrea como contracara funcional el respaldo de los mismos. Ser titular de una situación jurídica de ventaja implica, en el plano vital, tener remedios legales actuables estatalmente en caso de perjuicio al límite de la situación jurídica. Allí donde tales remedios ya no existan, tal situación jurídica de ventaja se habrá perdido. Y así, notamos que si bien el poseedor de hecho, titular de una peculiar situación jurídica de ventaja denominada *ius possessionis*, goza de la protección de los interdictos, cuando su pretensión interdictal sea rechazada por la oposición de una excepción de prescripción, como ya no podrá sacar al intruso, y no podrá privarle ya de su posesión de hecho, habrá perdido su *ius possessionis*. De esta manera se coordinan los artículos 601 del Código Procesal Civil, y 921 del Código Civil<sup>(43)</sup>. De la misma manera, cuando el acreedor ve paralizada su pretensión por una

excepción de prescripción, ya no tiene remedios judiciales que hacer valer y, no habiendo manera de proteger el límite que constituía su situación jurídica de ventaja, límite a la voluntad del deudor de decidirse a no cumplir, pierde tal situación jurídica. El deudor, en efecto, es libre ahora de cumplir o no cumplir.

Pensaría mal quien, procediendo bajo una jurisprudencia de valores de manera errónea, valorando (como el ordenamiento) positivamente al crédito, quisiera aún sostener que sí existe crédito, entendiendo que el ordenamiento le permite al acreedor proceder aún a una compensación, a una cesión, o a una resolución extrajudicial del contrato por incumplimiento, de ser el caso. El crédito, en tanto situación jurídica de ventaja, es una posición privilegiada del acreedor al cual le corresponde que un deudor le proporcione un bien de la vida, viendo el deudor limitada su voluntad a este respecto. Esto es lo humanamente característico del crédito. Puede no servir para una compensación (artículo 1290 del Código Civil), puede no ser cedible, puede no haber surgido de un contrato, sino de otras fuentes de relaciones obligatorias, o incluso, habiendo surgido de un contrato, puede no haber surgido de un contrato con prestaciones recíprocas. Todas estas son figuras teleológicamente accesorias y contingentes a la situación jurídica de crédito, por lo que no sirven para la construcción de una regla general del efecto de la prescripción en él. Además, tanto la compensación como la resolución extrajudicial son manifestaciones del ejercicio de un derecho potestativo, y no del crédito mismo. Y la cesión es el ejercicio del poder negocial. Sería inadmisibles, forzado, artificial, pensar en diversas reglas según los casos. Lo invariable del crédito es la atribución sobre la utilidad de una prestación que se da al acreedor y la limitación que impone al deudor. Este es el valor de esta situación jurídica para su titular, y para el tráfico humano. ¿Qué podría cederse luego de la prescripción, por ejemplo? No la facultad jurídicamente relevante de exigencia al deudor, ciertamente. No, por ende, la utilidad propia de tener dicha facultad. Por lo visto,

establece un derecho respecto a un bien de la vida, el titular del derecho se hubiera hecho por sí mismo justicia. El Estado entonces intervendría sólo para castigar las autotutelas de quienes no tuvieran derechos, o las rebeliones ante las autotutelas de los titulares de los derechos. Y en efecto, durante un largo período de tiempo, las organizaciones políticas tenían como parte de la vida social la existencia de autotutelas. Sin embargo, la transformación de la historia de los pueblos ha llevado ya desde hace varios siglos a que la autotutela sea fundamentalmente suprimida y hoy sólo excepcionalmente el titular de una situación jurídica de ventaja tiene permitida la actuación de mecanismos de autotutela.

(43) La parte final del artículo 601 del Código Procesal Civil, al hablar de que vencido el plazo de prescripción se puede ejercer en un proceso de conocimiento el derecho a la posesión, ciertamente está pensado no para el *ius possessionis* sino para el *ius possidendi*.

opuesta la excepción de prescripción, no hay ya la situación jurídica de ventaja. El crédito, y con él la relación obligatoria, se ha extinguido.

La conclusión a que nos lleva una jurisprudencia humanista es por ende ésta: la prescripción extingue no sólo la situación de ventaja justicial material. **Extingue, en verdad, la situación jurídica de ventaja material misma cuya vulneración originó la situación de ventaja justicial**<sup>(44)</sup>.

Y así ha sido comprendido en efecto por otros varios. Así, Michele Giorgianni, en relación a la obligación, sostiene enfáticamente que la negación del carácter jurídico de la obligación natural debe darse en su país tanto para la regulación actual (el actual Código Civil, que sostiene expresamente que la prescripción extingue el derecho), como para el Código Civil derogado<sup>(45)</sup>. Tal como hace ver este autor, en una relación obligatoria el deudor se encuentra sometido a la norma que le exige la realización de su prestación. Dicha “sumisión a la norma, que es característica de todo deber jurídico”, debería implicar que la rebeldía al mandato de la norma tendría que ser ilícito. Sin embargo, en el caso del crédito prescrito, no existe ningún efecto jurídico que sea concorde con tal calificación de ilicitud (ya se trate de una sanción o no), siendo que más bien es el propio ordenamiento el que otorga al deudor, tras el plazo de ley, la posibilidad de no cumplir. De suerte tal que como “el acto de rebeldía [a lo que tendría que ser sumisión a la norma] es calificado por el derecho de perfectamente lícito (o relevante) la verdad es que ningún deber jurídico puede considerarse existente<sup>(46)</sup>”.

### 3.2 Consideración fundamental: dos instituciones de prescripción extintiva.

Según el perspectivismo jurídico, sabiendo el efecto material de la prescripción, teniendo presente

que el vencimiento del plazo sólo da lugar a la prescriptibilidad, y viendo que la tesis procesalista explica bien la regulación procesal, pero no la civil, surge un descubrimiento fundamental y polémico en orden a la comprensión de la prescripción: que en nuestro ordenamiento existen dos instituciones de prescripción, bastante diferentes entre sí, y que por tanto no pueden ser confundidas. Para explicarnos, prosigamos con esta herejía.



El antagonismo científico de procesalistas y civilistas en torno a la explicación de la prescripción, cada uno desde sus ópticas unilaterales, y el olvido inexplicable de la genial tesis de Goldschmidt de la distinción entre el Derecho Justicial Material y el Derecho Justicial Formal (más conocido como Derecho Procesal), explican la insuficiencia de las tesis habidas hasta ahora en torno a la prescripción. Por un lado, parece evidente el alcance material de este instituto, que inclusive es causa de extinción de la situación jurídica de ventaja material en defensa de la

(44) Claro está que hay casos en que la situación de ventaja justicial no se ha originado por la vulneración de una situación de ventaja material base. Es típicamente el caso del derecho justicial a que se declare la nulidad de un contrato (por ejemplo, por imposibilidad jurídica). Por otro lado, cabe observar que hay causales de nulidad (vis absoluta) o de anulabilidad, en los que el derecho justicial sometido a prescripción se ha originado por lesión de un derecho fundamental de la personalidad. En este punto, será absurdo pensar que la prescripción extingue el derecho material base. Tal consecuencia sería inconstitucional. Estos derechos son imprescriptibles, y ésta debe ser la atenuación necesaria de la convicción expresada en el texto principal.

(45) GIORGIANNI, Michele. *La obligación. (La parte general de las obligaciones)*. Barcelona: BOSCH, 1958. p.113.

(46) *Ibid.*: p.168.

cual se obraba. Por otro lado, dado que la resolución de una excepción de prescripción no da lugar a una sentencia, es decir, a un pronunciamiento sobre el fondo, no siendo requisito ser deudor, por ejemplo, para oponerla al acreedor, sino meramente demandado, parece evidente el alcance exclusivamente procesal de este instituto.

Estamos, en verdad, en presencia de dos cosas diferentes. En el primer caso, la prescripción opera sus efectos en el plano material, ya que miramos a dicha institución desde una óptica de certidumbre. En el segundo caso, es imposible que veamos a la prescripción operando sus efectos liberatorios en una relación jurídica de derecho material, toda vez que, al estar en el ámbito del proceso, y sin que éste haya generado todavía cosa juzgada, nos movemos enteramente en una óptica de incertidumbre, típicamente procesal, respecto al derecho material.

Las funciones de la prescripción, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correlativa de desventaja, y segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Las funciones jurídicas reales de la prescripción, examinada desde un contexto de incertidumbre, son dos: para el caso concreto, descartar la atendibilidad judicial de un proceso inidóneo en tanto que configurado como privadamente inútil, ahorrando a las partes costos procesales; desde una perspectiva general, disminuir la carga procesal de la judicatura en relación a procesos no meritorios, lo que no es sino una visión de lo que ocurre para el Estado, de la sumatoria de descartes de procesos privadamente inidóneos.

Diferentes funciones entre ambos institutos. También diferentes efectos, toda vez que en un caso se extingue la situación jurídica de ventaja material, mientras que en el otro caso se extingue la justiciabilidad de una pretensión procesal. Diferentes presupuestos: en el caso de la prescripción material, la existencia de una relación jurídica justicial material,

y la omisión en haber promovido actos suficientes de petición de tutela (ya sea demandar o haber intimado en mora, por ejemplo); en la prescripción procesal, la existencia de un proceso judicial, y un defecto en la postulación de la pretensión procesal, en virtud de la cual ésta aparece como inoportuna. Diferencias que justifican plenamente, a nuestro parecer, el que se hable de dos instituciones de prescripción, **la prescripción material y la prescripción procesal**, autónomas entre sí, aunque idealmente conectadas. Un solo acto, el amparo de una excepción de prescripción, tiene un efecto doble, según la perspectiva en que se le examine. Fenómeno que no puede sorprender ya a quien sabe que el Derecho es una función de la perspectiva.

### 3.3 Naturaleza de la renuncia a la prescripción.

En el caso de la prescripción material, la renuncia ha de entenderse como un negocio jurídico unilateral de renuncia, si se hace voluntariamente, o en todo caso, en supuestos como la rebeldía, como el hecho jurídico que se interpreta socialmente como *facta concludentia* de voluntad de renuncia. Y la hace el titular de una situación de desventaja justicial material, respecto a su derecho potestativo de extinguir la situación jurídica de ventaja justicial material a la que está inordinado, en una relación jurídica justicial material. Consiguientemente, es renuncia a extinguir la situación material de ventaja misma (crédito, por ejemplo) y así la relación material base misma (la relación obligatoria, digamos). El titular de la situación de desventaja justicial material puede ser, por ejemplo, el deudor, o propietario del bien gravado en garantía, o sujeto frente a quien se tiene derecho a actuar un derecho potestativo de anulación, o el derecho potestativo de la acción pauliana, o frente a quien ha de ser eficaz el pronunciamiento de nulidad. Puede ser, asimismo, que la renuncia se mueva sólo en el plano justicial material. Esto es así cuando la situación de ventaja justicial no se ha originado en la lesión a una situación material base, o cuando la situación de ventaja material base lesionada es un derecho humano fundamental<sup>(47)</sup>. En términos sintéticos, se renuncia a



actuar la prescribibilidad contra la contraparte de la relación judicial material.

En cuanto a la prescripción procesal, la renuncia no puede ser considerada el producto de un acto de voluntad, toda vez que opera incluso en supuestos en que no ha habido conocimiento efectivo de la notificación de la demanda, aun cuando la demanda haya sido notificada correctamente (tal el caso de los edictos que el demandado no lee, por ejemplo). Tampoco puede ser considerada como un hecho jurídico interpretable como *facta concludentia* de una voluntad de renunciar, toda vez que es un acto jurídico procesal omisivo, y no es requisito de los actos jurídicos procesales, en líneas generales, el elemento de la voluntariedad, lo cual se muestra en que no son impugnables por vicios de la voluntad. La renuncia a la prescripción procesal (la falta de interposición de la excepción correspondiente), es meramente el efecto jurídico del transcurso del plazo para excepcionar, por el cual (efecto jurídico) se extingue el derecho procesal del demandado a producir la falta de justiciabilidad de la pretensión que se le opone en contra. Ya no puede hacer decaer el interés para obrar.

### 3.4 Diferencia con la caducidad y el desuso.

Como nota conclusiva de este trabajo, debe señalarse siquiera brevemente, la diferencia de la prescripción con la caducidad y el desuso. Empecemos por definir la caducidad, atendiendo a la distinción que hemos alcanzado entre el contexto de certidumbre y el contexto de incertidumbre, a propósito del derecho judicial material y el derecho procesal.

La caducidad material es el modo de extinción de las situaciones jurídicas de ventaja por el solo **transcurso fatal** del tiempo señalado de antemano por la ley. Esto es lo que se colige de los artículos 2003, 2005 y 2007 del Código Civil. En la caducidad (material), tal como lo señala José Puig Brutau<sup>(48)</sup>, la diferencia con la prescripción (agregamos: material) estriba en que en el primer caso la extinción del derecho se produce fatalmente, toda vez que el derecho mismo nació con un plazo de vida determinado *ex-ante*,

mientras que en el segundo caso, la extinción del derecho se produce a consecuencia de la omisión de titular del derecho en actuar su defensa y, por ende, ha sido **la circunstancia contingente y no fatal** de la negligencia del titular lo que ha ocasionado la pérdida del derecho. Es decir, de haber actuado el titular diligentemente, no habría perdido el derecho. Sin embargo, precisando la distinción, debemos decir que la pérdida de la situación jurídica de ventaja en el caso de la prescripción material se produce, tal como lo hemos mostrado, no por el transcurso del plazo, sino por la oposición oportuna del derecho potestativo a la liberación, por parte del otro sujeto vinculado en la relación jurídica. Consecuencia de la fatalidad del plazo en un caso, y la mera prescribibilidad, en el otro, es que la caducidad puede ser apreciada de oficio por el juez, mientras que ello no ocurre en la prescripción.

En lo referente a la caducidad observada desde un punto de vista puramente procesal, ésta, al igual que la prescripción, es un mecanismo de defensa de forma que determina meramente un rechazo *in limine*. La caducidad procesal puede ser circunstancia a favor incluso de quien, digamos, no es deudor, frente al demandante que se alega acreedor. Se fundamenta en la preclusión de la discusión procesal respecto a una litis determinada (en la línea de Paolo Vitucci y Falzea). La evidencia procesal de la caducidad (hacer valer un derecho presunto que ya estaría en todo caso caducado según el derecho material) determina que la pretensión procesal, **desde el inicio**, haya estado afectada por falta de interés para obrar. No sucede como en el caso de la prescripción procesal, en donde ésta sólo se producirá como consecuencia de la oposición exitosa de la excepción correspondiente. Como la caducidad procesal (*rectius*: la falta de interés para obrar del pretensor por caducidad procesal), es un estado jurídico procesal intrínseco a la pretensión, y no, como en la prescripción, el resultado del ejercicio de un derecho procesal del demandado, aún si la caducidad no fuera opuesta como excepción en su oportunidad, la caducidad será apreciada de oficio. Esto determinará, según el artículo 121 *in fine* del Código Procesal Civil, que, si no se hizo valer como excepción o no se hizo ver en el saneamiento procesal, el juez, en la sentencia, deba declarar

(48) PUIG BRUTAU, José. *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona: BOSCH, 1988. p.38.

improcedente la demanda. No ocurre así en la prescripción, ya que no habrá prescripción procesal (como tampoco prescripción material) si es que no se ejerce por el demandado su derecho procesal a provocar la falta de justiciabilidad de la pretensión procesal.

Ahora bien, en cuanto al desuso, entendemos por éste la institución de extinción de una situación jurídica de ventaja material por la inactividad en el ejercicio de tal situación jurídica **material** en un período determinado de tiempo. Casos de desuso en nuestro Código Civil son: la pérdida de la propiedad por abandono de bien durante 20 años (artículo 968, inciso 4); la pérdida del usufructo por no uso del derecho durante 5 años (artículo 1021, inciso 2); pérdida del uso o habitación por falta de uso durante el mismo período (artículo 1026); extinción de la servidumbre por no uso durante 5 años (artículo 1050). El desuso es lo que en Italia se denomina como decadencia, en el artículo 2964 de ese Código Civil: “Cuando un derecho debe ejercitarse en un cierto término bajo pena de decadencia, no se aplican las normas relativas a la interrupción de la prescripción. Igualmente no se aplican las normas que se refieren a la suspensión, salvo que esté dispuesta otra cosa”.

En este aspecto, el desuso se parece a la caducidad, pero se diferencia radicalmente de ésta en que en la caducidad la situación jurídica de ventaja material se extingue indefectiblemente al término del plazo, mientras que en el desuso eso es algo

contingente: si quiero conservar mi situación jurídica de ventaja material, debo ejercer la misma, como en los casos citados. Es una situación jurídica de ventaja en que el titular tiene la carga, para mantenerla, de ejercitarla. En este último aspecto se parece asimismo a la prescripción, ya que la extinción de la situación de ventaja material por prescripción sólo ocurrirá si no realizo un acto de ejercicio, pero aquí se encuentra la diferencia: mientras que para la conservación de la situación jurídica, **en el desuso, se requiere el ejercicio de las facultades que componen la situación jurídica de ventaja material** (por ejemplo, que el propietario posea), para la conservación de la situación jurídica, **en la prescripción material, se requiere** (salvo hipótesis de reconocimiento de la contraparte) **el ejercicio del derecho judicial material** (demandar) o la intimación en mora.

El desuso sólo es material; no hay desuso procesal, toda vez que no hay “excepción de desuso”, y la lista de excepciones es *numerus clausus*.

Esperamos de esta manera, haber indicado algunas premisas básicas de una teoría general de la prescripción, que permita construir a otros, con mayor facilidad, una teoría especial de la misma, referida a los supuestos de interrupción y suspensión de la prescripción, el tratamiento de cada uno de los plazos de prescripción, y la dilucidación de los contornos de esta institución en la Ley de Títulos Valores y el derecho laboral, por ejemplo. <sup>AE</sup>