

LA PRESCRIPCIÓN

THE PRESCRIPTION

Mario Castillo Freyre*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Giannina Molina Agui**

Pontificia Universidad Católica del Perú

The article examines the scope of prescription as regulated by Article 1989 of the Peruvian Civil Code, which states that “Prescription extinguishes the action, but not the right itself.” Through a detailed analysis, the authors explore the distinctions between action and claim, as well as the relevance of the passage of time in prescription. They also examine the concept of a subsisting but unenforceable right and its treatment within the Peruvian legal system.

The main conclusion is that, although prescription affects the enforceability of the pretension, the right of action itself is not extinguished and remains accessible in future judicial proceedings.

KEYWORDS: Prescription; action; claim; extinction of rights; time.

El artículo estudia los alcances de la prescripción regulada en el artículo 1989 del Código Civil peruano, el cual establece que “La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo”. A través de un análisis detallado, los autores exploran las diferencias entre acción y pretensión, así como la relevancia del transcurso del tiempo en la prescripción. De ese modo, examinan el concepto de derecho subsistente, pero no exigible y su tratamiento en el sistema jurídico peruano.

La conclusión principal es que aunque la prescripción afecta la exigibilidad de la pretensión, el derecho de acción no se extingue y sigue siendo accesible en futuros procesos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Prescripción; acción; pretensión; extinción de derechos; transcurso del tiempo.

* Abogado. Magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Contacto: estudio@castillofreyre.com

** Abogada. Adjudicadora de la CCL, Consultora independiente en asesoría y diseño de estrategias jurídicas y contractuales para la prevención y solución de controversias, así como en la estructuración y ejecución de proyectos de construcción de inversión pública y privada. Ha desempeñado cargos de liderazgo en el sector público y privado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y del Dispute Board Foundation.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 9 de junio de 2024, y aceptado por el mismo el 16 de agosto de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil, en su Libro VIII, trata sobre la prescripción y la caducidad, y normalmente, la estructura curricular de la carrera de Derecho, en todas las Facultades, excluye el tratamiento orgánico de los temas comprendidos en este libro.

Es decir, no hay un curso que aborde integralmente la prescripción y la caducidad en materia civil.

Eso conduce a que la prescripción y la caducidad, al no calzar en estricto en alguno de los cursos de Derecho Civil ni en los de Derecho Procesal, sea un tema que nunca se dicte de manera integral o conjunta. Y, por ahí, que algún profesor en Teoría General del Derecho, o en Derecho de Obligaciones, o en Acto Jurídico, o en algún curso de Derecho Procesal, aborde algún tema que tenga que ver con prescripción o con caducidad, o en Derecho de Familia o en Derecho de Sucesiones, pero siempre citando la norma exacta, relativa al tema que es materia de tratamiento. Incluso podríamos hablar de la prescripción en sede penal, esfera que no constituye materia de estudio en estas páginas, pero donde también resulta de capital importancia el tema, o en derecho administrativo, tributario, etc. Pero, insistimos, no hay un tratamiento orgánico de la prescripción y la caducidad.

Lo antes expuesto nos lleva a que exista un gran desconocimiento en el Perú, acerca de esta materia; aunque no sólo en el Perú, porque sabemos que este problema trasciende nuestras fronteras. Incluso, hay muchas legislaciones que no poseen un libro –como sí tiene el Código Civil peruano de 1984– donde se trate de manera orgánica a la prescripción y la caducidad. Su inclusión en la legislación civil representó todo un avance, muy notorio, por cierto, en el plano legislativo y en lo que respecta a la revalorización de esta materia.

Todo lo expuesto conduce a que no se conozcan a profundidad los verdaderos alcances de los problemas que generan los temas relativos a la prescripción y la caducidad. En lo personal, siendo profesor de Derecho Civil hace más de treinta años y abogado en ejercicio hace casi el mismo tiempo, me enfrente en el día a día a descubrir determinados aspectos de estas materias, en donde la doctrina no ha ingresado y la jurisprudencia muchas veces recién hace sus pinitos.

A raíz de esta situación, siempre sentí la necesidad de escribir acerca de la prescripción y la caducidad.

Por lo demás, el tema es importantísimo en materia procesal, tanto en lo que respecta a los procesos de la jurisdicción ordinaria, como con respecto a los procesos arbitrales y en cualquier otra sede.

Cuando asistimos como abogados a un cliente que es demandado, lo primero que se tiene que hacer no es, precisamente, ver si en el plano sustantivo tiene razón o no la parte demandante, o cuáles pueden ser nuestros argumentos de defensa o de contra ataque. Lo primero que uno tiene que ver, es si los derechos reclamados por el demandante han caducado o si sus pretensiones han prescrito, con lo cual tal vez podamos vencer más rápido en ese proceso; o, si nuestro cliente no tuviere la razón en el tema de fondo, la prescripción o la caducidad podrían representar el cambio de suerte de nuestro patrocinado. Ello nos permitirá deducir las excepciones que corresponda, en tiempo oportuno.

La importancia de estas instituciones es tremenda, y su ramificación con otras áreas aún más grande.

Existen cuatro trabajos que fueron mis primeros escritos sobre prescripción y caducidad; el primero de ellos titulado “Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante”, el mismo que estuvo basado en uno de los argumentos de defensa de un proceso arbitral que patrocinó mi Estudio de abogados hace más de veinte años.¹

El segundo trabajo lo escribí junto a mi maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, titulado “Todo prescribe o todo caduca, a menos que la ley señale lo contrario”.²

El tercer artículo lo escribí en el año 2008 con mi muy querida y brillante exalumna y entonces abogada de mi Estudio, Giannina Molina Agui, el cual llevó por título “Qué es lo que extingue la prescripción. Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil peruano”.³

Y el cuarto trabajo lo escribí, también con Giannina, en el año 2009 y llevó por título “¡Prohibido renunciar! Reflexiones en torno al artículo 1990 del Código Civil”.⁴

¹ Véase a Castillo Freyre (2004, pp. 113-136).

² Véase a Osterling Parodi & Castillo Freyre (2004, pp. 267-274).

³ Véase a Castillo Freyre & Molina Agui (2008, pp. 201-212).

⁴ Véase a Castillo Freyre & Molina Agui (2009, pp. 63-69).

El presente trabajo forma parte de un libro sobre Prescripción y caducidad, que será publicado en las próximas semanas, el mismo que corresponde a mi autoría, y cuenta con la valiosa participación de Gianina Molina.

Quiero terminar agradeciendo y felicitando a los integrantes de *Thémis*, por la iniciativa de organizar y publicar un número relativo a los cuarenta años de vigencia del Código Civil y por la enorme gentileza de haberme convocado para coordinarlo.

II. ¿QUÉ ES LO QUE EXTINGUE LA PRESCRIPCIÓN? REFLEXIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 1989 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO⁵

A. Introducción

Comenzaremos estudiando las diferencias que la doctrina autorizada en materia procesal ha esbozado respecto a la acción y a la pretensión. Una vez establecidas estas diferencias conceptuales, buscaremos determinar qué es exactamente lo que el Código Civil sanciona en su artículo 1989, cuando establece que “La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo”.

Luego, será importante abordar la relevancia y suficiencia del transcurso del tiempo para la aplicación de los efectos propios de la prescripción.

Finalmente, señalaremos qué ocurre con ese derecho subsistente pero no exigible, es decir, vamos a establecer ante qué tipo de obligación nos encontramos y cuál es el tratamiento que le brinda el Código Civil.

B. El derecho de acción

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo respecto a la naturaleza jurídica de la acción y su evolución teórica, ya que de ello se han encargado en detalle grandes procesalistas como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Couture, entre muchos otros.

Pero conviene –para efectos de nuestro análisis– precisar el concepto de acción que acoge nuestro derecho.

Es sabido que, en la antigüedad, cuando imperaba la teoría monista del derecho procesal, acción

y derecho material se confundían en un solo concepto y, como consecuencia de ello, no se podía acudir a los tribunales de justicia si, en efecto, no se contaba con el derecho material.

Lo expuesto en el párrafo precedente corresponde a la evolución del concepto de acción en el tercer período del derecho romano. Según comenta Hugo Alsina,⁶ el concepto de acción absorbió al derecho mismo; así, ya no se preguntaba si una persona tenía derecho a una cosa, sino si tenía una acción para reclamarla.

No obstante, relata el mismo autor, posteriormente se proclamó el carácter “abstracto” y completamente desvinculado del derecho material, considerando a la acción como un mero derecho de obrar (Degenkolb) o como una función procesal de carácter público (Carnelutti) o una expresión del derecho constitucional de peticionar (Couture).

El insigne jurista y presidente de la República del Perú don Francisco García Calderón,⁷ decía que la acción es “El modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro”.

En la obra dirigida por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro,⁸ se realiza un estudio muy interesante acerca de los orígenes de la palabra acción:

Todos los canonistas han definido la acción procesal con Justiniano (I, IV, 6): *ius petendi iudicio quod sibi debetur*, dentro de cuyo significado, muy distinto del de Celso, aparece el *sibi debetur* –lo que es debido– tanto como derecho que en cuanto justicia. Esta última significación es la que mejor encaja dentro del sentido general de la ordenación jurídica y canónica.

La Iglesia utilizó como instrumento las instituciones que encontró a su advenimiento; pero las vació de su contenido pagano para infiltrarles el espíritu cristiano. Y en lo que toca al proceso como avocación a la Iglesia para componer las diferencias entre sus fieles cristianos, desde los tiempos más remotos ha venido influido por este conocido texto del Evangelio de San Mateo (XVI, 15-20), verdadero germen del proceso canónico.

(15) Si te ofendiere tu hermano, anda y demuéstraselo a solas con él; si te escuchare,

⁵ El presente estudio tiene sus orígenes remotos en el trabajo escrito por los autores del presente trabajo, en los términos expresados en la introducción. No obstante, la versión actual presenta nuevos aportes.

⁶ Véase a Alsina (1956, p. 306).

⁷ Véase a García Calderón (1879, p. 14).

⁸ Véase a De Casso y Romero, Ignacio y Francisco Cervera & Jiménez-Alfaro. (1950, pp. 77 y 78).

ganaste a tu hermano; (16) mas si no te escuchare, toma contigo otro o a otros dos, puesto que en boca de dos testigos o tres es firme toda palabra; pero si los desoyere, dilo a la Iglesia; (17) y si a la Iglesia desoyeren tenlo por gentil y publicano.

Podemos inferir de este texto cómo Jesucristo enseñó a sus discípulos, que antes de llevar a la Iglesia las cuestiones o controversias, que pudieran surgir entre ellos, hay que procurar ganar al hermano, demostrándole nuestro derecho a la reparación de la ofensa. Es decir, traducido al lenguaje jurídico actual, que antes de acudir a la autoridad para obtener reparación (acción) es preciso agotar la vía directa y amistosa (pretensión). Y aun antes de iniciarla, es preciso comprobar de modo fehaciente por el preparado testimonio de dos o tres testigos, la imposibilidad de esa vía amistosa y la necesidad de acudir al terreno jurídico de trascendencia probatoria externa, ya que la mera invocación moral a solas no da resultado. Es decir, que la acción para la Iglesia es sólo remedio subsidiario ante el fracaso de la pretensión, y, por tanto, para acudir *coram Ecclesia* hace falta: 1.º Una ofensa, lesión a la justicia, que nos hiera. 2.º Inutilidad de la simple pretensión para lograr el restablecimiento de la justicia. 3.º Posibilidad de probar ante el fuero externo esa lesión de nuestro derecho.⁹

De otro lado, Joaquín Escriche,¹⁰ indica que acción es

El derecho de pedir en juicio lo que se nos debe; ó bien, el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro. En la primera acepción pertenece al segundo objeto del derecho, y con especialidad á las cosas incorporales; y en la segunda al tercero, que es el que nos manifiesta los medios de reclamar ó defender nuestros derechos ante los tribunales competentes. La acción es de muchas maneras, como se verá por los artículos siguientes.

Juan Ramírez Gronda,¹¹ recoge los conceptos vertidos, entre otros autores, por Couture en torno a la acción: “Poder jurídico, distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho”.

Por su parte, Henri Capitant¹² enseña que la palabra acción viene del latín jurídico *actio*; en las acepciones III y IV, tomado del holandés *actie*, al comienzo del siglo XVIII. Señala Capitant que se trata del “Remedio jurídico por el cual una persona privada o el ministerio público pide a un tribunal aplique la ley en un caso determinado”.

Decía Eduardo B. Carlos,¹³ que

Indagar sobre el significado jurídico de la voz acción equivale tanto como enfrentarse con uno de los problemas más complejos y fundamentales de la ciencia del derecho procesal, trascendiendo sus límites o zonas grises, porque se enraíza, indudablemente, en el más vasto terreno de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica. A los estudios e investigaciones para la formulación del concepto del prenombrado instituto debe, cabalmente, el derecho procesal su consideración y autonomía científicas. Exponer, entonces, circunstancialmente todos sus aspectos y pormenores, intentando un desarrollo histórico de las diversas teorías que se propugnan, su análisis y valoración crítica, las direcciones doctrinarias actuales, etc., demandaría la realización de un estudio exhaustivo que excedería el tiempo y espacio prefijados por la propia naturaleza de esta publicación. Empero, a pesar de los señalados límites impuestos a nuestra labor, ella procurará, en forma muy breve y sintética, dar una información lo suficientemente amplia del tema, como para que el lector pueda captarlo en toda su complejidad e importancia.

Por su parte, Guillermo Cabanellas¹⁴ señala lo siguiente:

El derecho romano, artífice quizás inigualado en la materia, compendia la esencia de la acción procesal en estas palabras: “*Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi*” (La acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe).

Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen así la acción: “Un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio”; también, el derecho público subjetivo al procedimiento judicial en

⁹ Como vemos, dentro de esta perspectiva, se invierten los conceptos de “acción” y “pretensión”.

¹⁰ Véase a Escriche (1993, p. 8).

¹¹ Véase a Ramírez Gronda, (s.f, p. 27.)

¹² Véase a Capitant (1966, pp. 9-10).

¹³ Véase a Carlos (1954 pp. 206 y 207).

¹⁴ Véase a Cabanellas (1989, pp. 71 y 72).

general, pero no a la sentencia justa (Carnelutti). Según Chiovenda se está ante la potestad jurídica de darle vida a la condición para la actuación de la ley. En opinión de Bulow, “el derecho a obtener una sentencia justa, en lo cual consiste la *acción*, sólo nace con la demanda”. La acción —en el decir de Ortolan— es el derecho mismo en ejercicio y la manera de actuarlo ante los tribunales. En el enfoque de Nieto Alcalá-Zamora y Castillo, “la acción es tan sólo la posibilidad, jurídicamente encuadrada, de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo; y, en su caso, la ejecución de una pretensión litigiosa.

Con acento declamatorio, Roguin proclama que “la *acción* es el derecho en pie de guerra”; Austin ve en el derecho en sí “el derecho primario o substantivo”; y en la *acción*, “el derecho secundario o instrumental”.

Orgaz sostiene que la *acción* es el medio o instrumento legal para asegurar en juicio la subsistencia del derecho, impedir su desconocimiento y corregir su violación. Recuerda que la *acción* es el derecho en acto; y el derecho, la *acción* en potencia; algo así como el anverso y el reverso de una moneda. El derecho sin la *acción*, que constituye su energía tutelar, es pretensión impotente; la *acción* sin el derecho, absurdo insostenible. Por eso, “el derecho de las *acciones*”, que como tercer miembro de su clasificación jurídica propuso Gayo en su *Instituta*, fue bien pronto abandonado.

No obstante, la experiencia demuestra que cabe *acción* sin derecho; cuando reivindicó, por ejemplo, lo que sé perfectamente que es ajeno, valiéndome de cualquiera situación equívoca, e incluso de mala fe, con un documento falso sin más. Pero, sorprendido o engañado el juzgador, o prevaricador impune, esa *acción* sin derecho, de acogerse la pretensión del actor, se convierte en causa del derecho futuro, que ya está respaldado por el título solemne de la *ejecutoria* y con la defensa que le procura la *excepción de cosa juzgada*.

No menos posible resulta, y ello desalienta a tantos profanos, e incluso a los letrados que creen con firmeza en la justicia de su causa, que, por cualquiera discrepancia en el juicio que los tribunales formen y se consolide como fallo firme, pueda el derecho auténtico no obtener su sanción en el ejercicio procesal,

y hasta verse cerrada esa vía por una rotunda desestimación inicial.

Por su parte, Fernando Flores García,¹⁵ señala que la palabra acción proviene

(Del latín *actio*, movimiento, actividad, acusación.) Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

Como vemos, hoy en día, el derecho distingue y separa claramente el derecho de acción del derecho material; tan es así, que una persona puede acudir a los tribunales y demandar a otra, reclamándole un derecho que en realidad no le corresponde.

Todo esto, naturalmente, más allá de requerir interés para obrar; pero este punto no constituye objeto del presente estudio.

A saber, Hugo Alsina¹⁶ señala como caracteres específicos de la acción el que es un derecho autónomo, porque el interés que protege no es un interés substancial de las partes deducido en la litis, sino un interés general en el cumplimiento por el juez de una obligación procesal: la justa composición de la litis. Agrega, además, que es un derecho público subjetivo, porque al igual que otros derechos cívicos, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano.

En ese mismo sentido, Jorge Carrión Lugo¹⁷ afirma que la acción es un derecho público y subjetivo; y agrega que mediante ella se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de un derecho también subjetivo, el mismo que —hecho valer mediante la acción— constituye la pretensión procesal (concepto que analizaremos más adelante).

Al respecto habría que señalar, como lo hacen otros autores, que la acción —como facultad jurídica de acudir a la jurisdicción— existe siempre, con o sin derecho material, con pretensión o sin ella. En tal virtud, creemos conveniente precisar que el derecho subjetivo al que se refiere Alsina puede o no existir al momento en que se ejerza la acción, es decir su existencia no es una condición fundamental para la existencia y el ejercicio del derecho de acción.

¹⁵ Véase a Flores García (2006, p. 70).

¹⁶ Véase a Alsina (1956, p. 324).

¹⁷ Véase a Carrión Lugo (2004, p. 71).

En esa misma línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio¹⁸ enseña que la acción es un derecho cívico o —como sostiene Couture, citado por el referido autor— una especie en que se manifiesta el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades. Indica, también, que ese derecho se puede ejercer con prescindencia de que sea o no titular de un derecho subjetivo material.

En opinión de Juan Monroy Gálvez,¹⁹ el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto; y, citando a Fix Zamudio, afirma que el derecho de acción deber concebirse como un derecho humano a la justicia.

Por su parte, la Real Academia Española²⁰ señala que “acción” es:

7. f. Der. En sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés.
8. f. Der. Facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquel. Acción reivindicatoria, de nulidad.

También se atribuye al derecho de acción, propio de toda persona, la característica de ser abstracto, toda vez que no necesita de la preexistencia de un derecho material que lo sustente o impulse. Esta característica encuentra su lógica en el carácter constitucional que se atribuye al derecho de acción, como —a decir de Monroy— demanda de justicia con prescindencia de la existencia del derecho.

Como se puede apreciar, los dos últimos autores citados otorgan carácter constitucional al derecho de acción, el mismo que —según explica Liebman—²¹ existe sin duda y es el reflejo *ex parti* de la institución de los tribunales por el Estado de administrar justicia a quien lo pida. Agrega, además, que, como derecho constitucional, es un poder de derecho público absolutamente genérico e indeterminado, sin particular relación con una especie concreta y, por ello, inagotable y no consumible, que permanece siempre íntegro y siempre idéntico en todos los casos en que sea ejercitado.

En otras palabras, lo que sostiene Liebman es que la acción es el presupuesto constitucional para iniciar el proceso en el cual se requiere a los tribuna-

les de justicia que amparen la pretensión alegada. Esta negación del carácter procesal de la acción tiene entre sus principales exponentes a Guasp, quien afirma que el concepto de acción —como derecho a obtener la actividad jurisdiccional— no pertenece al ámbito del derecho procesal.

Las últimas formulaciones expuestas, la de la abstracción del derecho de acción, como derecho constitucional y la negación del carácter procesal del mismo, son conciliables, por lo que nos permitimos afirmar que la acción es el derecho a la jurisdicción, con prescindencia de la existencia de un derecho material que se formulará mediante la pretensión procesal y, naturalmente, del necesario interés para obrar.

De hecho, nuestra afirmación no resulta ajena a la posición de la doctrina mayoritaria contemporánea.

Entonces, la acción es el derecho o facultad que tiene la persona de accionar los mecanismos procesales —ya sea en el plano ordinario o en el plano arbitral o de otra naturaleza, si éste fuese el caso—, a efectos de pretender se declare fundada una determinada pretensión procesal, por más que ésta no tenga razón alguna de ser o incluso ya hubiese prescrito o caducado.

1. El destinatario de la acción

La doctrina mayoritaria sostiene que la acción se dirige contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica, siendo éste el sujeto pasivo de la obligación de naturaleza procesal, la misma que consiste —tal y como hemos podido ver— en prestar tutela jurisdiccional efectiva a quien la reclame, lo cual implica que el Estado se encuentra en la obligación de tener una maquinaria que garantice al ciudadano ponerla en marcha cuando lo requiera; y, cuando esté en marcha, pueda garantizar su adecuado funcionamiento.

Sin la existencia de esa maquinaria del Estado, la acción sería sólo letra muerta. Y esa maquinaria, además, debe ser garantía de buen funcionamiento.

Ello, implicaría una situación de imparcialidad en la que se respeten las normas relativas al debido proceso; en resumen, que se respeten los derechos. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho al proceso y derecho en el proceso, ambos garantizados por el Estado.

¹⁸ Véase a Palacio (2005, p. 380).

¹⁹ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 271).

²⁰ Real Academia Española (s.f.a.).

²¹ Liebman (1957) citado por Alsina (1956, p. 329).

Entonces, siendo el Estado el titular de la función jurisdiccional, y siendo que la acción es el derecho a la jurisdicción, no cabe duda de que cuando el sujeto ejerza su derecho de acción, será el Estado el obligado a garantizar la satisfacción de éste. De esta afirmación no escapa el arbitraje; ello, en la medida que este medio de solución de controversias elevado a categoría de jurisdicción por la Constitución Política de 1993 tiene control judicial ulterior, a través del recurso de anulación de laudo.

2. Una precisión con respecto al concepto de acción

Es preciso mencionar, como lo hace Lino Enrique Palacio,²² que corresponde al término “acción” un segundo significado, el mismo que se identifica propiamente con el derecho material invocado como fundamento de la pretensión. Señala el referido profesor, que este concepto atiende al momento en que se emite la sentencia que pone fin al proceso.

Es decir, de acuerdo con este segundo concepto, la acción sería el derecho material judicialmente reconocido. El referido autor entiende que ése sería el significado que correspondería a la palabra acción, cuando los Códigos de fondo—como los llama él— (entiéndase el Código Civil) mencionan la palabra acción, pues a su criterio, no sería concebible que estos códigos ‘de fondo’, otorguen acciones con absoluta prescindencia de la efectiva titularidad de un derecho subjetivo o de un interés en la declaración de certeza.

Así, por ejemplo, menciona a la acción reivindicatoria, y señala que ésta no se concede a cualquier ciudadano, sino a quien se encuentre en las condiciones que señale el Código de pedirla; pero la misma no podrá ser dilucidada sino hasta el momento de la sentencia. Así, finalmente, señala que la acción identificada con el derecho o con el interés reconocido por la sentencia final, sólo puede pertenecer a aquella de las partes que ha resultado favorecida por tal reconocimiento.

No obstante, si analizamos este segundo concepto de acción, caeremos en la cuenta de que el mismo se relaciona directamente con la pretensión—ya en el proceso—, es decir, independientemente

de que se tenga o no la razón, el reclamo por el reconocimiento del derecho (acción) se insertará en el proceso a través de una pretensión, pero la pretensión nunca podrá ser formulada si primero no se ha activado el aparato judicial para la tutela efectiva de lo que se reclamó; es decir, si primero no se ha ejercido el propio derecho de acción, el mismo que da paso al inicio del proceso.

Así, pues, este segundo concepto de derecho de acción estará directamente vinculado con la pretensión ya en el proceso (denominada pretensión procesal).

Entonces, surge aquí la duda respecto de qué concepto de acción emplea el Código Civil, cuando en su artículo 1989 señala que la acción ‘se extingue’. Creemos que al ser la prescripción un mecanismo de defensa propio del derecho procesal parecería—en primera instancia— que cuando el Código emplea la palabra “acción” se refiere al concepto procesal del mismo, es decir, a la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir tutela efectiva de la pretensión.

Pero dada su ubicación legal, es decir al ser la prescripción parte del Libro VIII del Código Civil, diríamos que el concepto de acción que emplea este cuerpo legal es el de derecho reconocido por el Código Civil²³ en distintos artículos del mencionado cuerpo legal. Así, deberíamos leer “se extingue la acción (el derecho), pero no el derecho mismo”, lo que podría parecer un absurdo.

Expuestos entonces los conceptos de acción, el lenguaje parece hacer dudar de su significado. No obstante ello, Marcial Rubio Correa²⁴ señala que si bien usualmente se dice que existen diversas acciones como la reivindicatoria, la oblicua, la de nulidad de matrimonio, entre otras, en realidad la teoría moderna considera que sólo existe una acción, y que las diversas especies no son sino formas en que se manifiesta este poder de recurrir a la jurisdicción para satisfacer la pretensión, opinión a nuestro criterio acertada y que compartimos.

Por lo demás, debe quedar claro que la acción, como concepto abierto de poder accionar los mecanismos de la administración de justicia, nunca prescribe, razón por la cual la acción a que se refiere el artículo 1989 del Código Civil, pareciera ser, como veremos seguidamente, la pretensión.

²² Palacio (2005, p. 382).

²³ O por otro cuerpo normativo o precepto de carácter sustantivo, que resulte compatible con el tema y a los que se apliquen las normas del propio Código Civil.

²⁴ Rubio Correa (1989, p. 88)

C. La pretensión

Eduardo J. Couture²⁵ sostiene que la pretensión es la *autoatribución* de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente que se haga efectiva, respecto de él, la tutela jurídica.

La Real Academia Española²⁶ define la “pretensión” como:

(Del lat. *praetensio*, *-ōnis*).

1. f. Solicitación para conseguir algo que se desea.
2. f. Derecho bien o mal fundado que alguien juzga tener sobre algo.
3. f. Aspiración ambiciosa o desmedida. U. m. en pl.
4. f. *Der.* Objeto de una acción procesal, consistente en pedir al juez un determinado pronunciamiento.

Por su parte, Cabanellas,²⁷ señala que pretensión es “Solicitud. // Solicitud, petición, instancia. // Propósito, aspiración, deseo. // [...] // Derecho, cualquiera sea su solidez, que se alega para obtener una cosa o ejercer determinadas facultades. [...]”.

Es preciso señalar que diversos autores —cuando se refieren a la pretensión—, hacen el distingo entre la pretensión material y la pretensión procesal.

1. La pretensión material

Juan Monroy Gálvez²⁸ define a la pretensión material como el acto de exigir algo —con relevancia jurídica— a otro, antes del inicio de un proceso. No obstante, según señala el citado profesor, la pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso; ello, porque resulta factible que se demande la satisfacción de la pretensión, sin necesidad de que se le haya exigido previamente.

En efecto, bastará el solo incumplimiento del deudor para que el acreedor se encuentre facultado a demandar el cumplimiento, sin que sea necesario que le haya exigido previamente —de algún otro modo— la ejecución de su obligación.

Esta pretensión también es conocida —según señala Azula Camacho—²⁹ como pretensión extraprocesal, y es definida como aquella que tiene el titular de un derecho para exigir la satisfacción o cumplimiento de éste.

2. La pretensión procesal

Según señala Lino Palacio,³⁰ la pretensión procesal es el acto en cuya virtud se reclama ante los tribunales ordinarios o arbitrales —y frente a una persona distinta— la resolución de un conflicto de intereses suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Agrega el citado autor que, para que la pretensión procesal se configure, se requiere que ésta contenga una afirmación de derecho o de consecuencia jurídica derivada de determinada situación de hecho.

Curioso es que la palabra “pretensión” no es recogida ni por el Diccionario de Joaquín Escriche, ni por el del presidente Francisco García Calderón. Lo propio ocurre con el Diccionario de Henri Capitant y con el de Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro. Ello es un indicativo de que su separación conceptual del término acción, es de tiempos relativamente recientes en el derecho.

Ignacio Medina Lima,³¹ al referirse a la pretensión procesal, señala lo siguiente:

Desde otro punto de vista se habla, más comprensivamente, de pretensión a la administración de justicia, es decir, a que se lleve al cabo la función tutelar del derecho por medio de los tribunales que deben realizarla frente a las partes (Rosenberg).

Así entendida, la pretensión reviste el carácter de un derecho subjetivo público del particular contra el Estado que le asegura la obtención de un fallo, que podrá o no resultarle favorable al mismo.

Como se advierte fácilmente, esta posición doctrinal identifica plenamente el concepto de pretensión a la administración de justicia con el de acción procesal en sentido abstracto y hace, por consiguiente, imposible demarcar separación entre ambas.

²⁵ Véase a Couture citado por Olmos H., René (2002, p. 26).

²⁶ Véase a Real Academia Española (s.f.b.)

²⁷ Véase a Cabanellas, (1989, p. 395).

²⁸ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 272).

²⁹ Véase a Azula Camacho citado por Hinostrero Mínguez (2005, p. 140).

³⁰ Véase a Palacio (2005, p. 385).

³¹ Véase a Medina Lima (2006, pp. 581-582).

[...] Pero la distinción aparece ostensiblemente con sólo recordar que la acción es un derecho subjetivo público del individuo contra el Estado, derecho correlativo de la obligación de aquél de resolver con fuerza obligatoria los conflictos de orden jurídico en los casos concretos que se le propongan y, por tanto, no susceptible de ejercitarse extrajudicialmente ni menos de satisfacerse por alguien que no sea precisamente el órgano de la jurisdicción.

Carrión Lugo sostiene que es posible que la pretensión procesal —hecha valer mediante la acción— no prospere, dependiendo de que esté o no amparada por la norma sustancial y de que se prueben sus fundamentos de hecho. No obstante ello, agrega el citado autor, la acción ya se habría ejercido y la actividad jurisdiccional se habría puesto en movimiento.

La pretensión procesal es intrínsecamente la pretensión material, pero contenida en la demanda. Se denomina pretensión procesal, en tanto va a ser discutida, probada, alegada y al final decidida, dentro de un proceso.

Juan Monroy³² sostiene que la pretensión material deviene en pretensión procesal cuando la primera no es satisfecha y el titular de ésta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra; entonces sólo le queda el camino de la jurisdicción.

Es decir, el titular de la pretensión material puede —empleando el derecho de acción— convertirla en una pretensión procesal.

No ahondaremos más en este acápite sobre el tema de la pretensión, dado que el mismo constituye objeto central de nuestro análisis.

3. El destinatario de la pretensión

En el caso de la pretensión —tomando en cuenta el concepto de pretensión que hemos adoptado—, el sujeto pasivo será lógicamente la contraparte de la relación del derecho material, el mismo que en la relación procesal encajaría en la posición del demandado.

D. Relaciones entre “acción” y “pretensión”

Expuestos así los conceptos preliminares, se afirma que la acción es el elemento que sirve de sustento

a la pretensión, pues la posibilidad de que la pretensión sea planteada ante los tribunales —judiciales o arbitrales— obedece, precisamente, a la existencia del derecho de acción. Así, pues, la acción es el mecanismo para hacer valer la pretensión.

Es preciso señalar que la acción se encuentra directamente relacionada con la pretensión procesal, la misma que si bien se encuentra —como señalamos— relacionada de modo directo con la pretensión material, ocurre que esta última no constituye requisito indispensable para la existencia de una pretensión procesal, toda vez que la pretensión procesal puede fundarse en una pretensión material inexistente; por ello, como señalamos al inicio, la acción es un derecho autónomo independiente de la existencia del derecho o de la razón que pueda tener la pretensión material.

Hecha la distinción entre el concepto de acción y pretensión, corresponde ahora analizar qué es lo que —con el transcurso del tiempo— se extingue. Pero, antes de llegar a ese punto, conviene analizar si el solo transcurso del tiempo extingue la “acción”.

E. El tiempo y la extinción de la “acción”³³

Como se ha podido apreciar, el artículo 1989 del Código Civil peruano de 1984, sobre el cual giran estas reflexiones, regula la prescripción extintiva.

Así, la prescripción extintiva es un medio para liberarse de la exigibilidad de determinadas obligaciones y, por tanto, afecta derechos de crédito. La prescripción extintiva se produce por la inactividad del titular del derecho. Es, como dice Díez-Picazo, un requisito de tipo negativo, pues lo que se requiere es simplemente la conducta omisiva por un determinado período (el que mande la ley).

Hecha la salvedad respecto a aquello a lo que se refiere el artículo 1989 de nuestro Código Civil, procederemos a analizar la importancia del transcurso del tiempo.

La doctrina mayoritaria sostiene que la prescripción es un fenómeno que modifica una determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo. No obstante, Luis Díez-Picazo³⁴ considera que un concepto así delineado es demasiado vago y demasiado general como para resultar útil. Así, pues, una de las primeras observaciones que hace el citado autor, es que bajo tal definición también pue-

³² Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 273).

³³ En este apartado emplearemos la palabra “acción” entrecorrida, toda vez que éste es el término que utiliza el Código Civil, lo cual no implica que la «acción» sea aquello que se extinga.

³⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, (1958, p. 974).

den encajar todas las demás modificaciones que acaecen en una situación jurídica merced al paso del tiempo, como por ejemplo la caducidad, un contrato de arrendamiento o también una sociedad; porque también en estas situaciones se modifica la situación jurídica de las partes del contrato cuando termina su plazo de duración, es decir cuando transcurre el tiempo necesario.

En ese sentido —y en opinión de Díez-Picazo—,³⁵ el tiempo no sería nada más que medida de duración de la inacción del titular del derecho; y lo que se necesitaría además de aquél, es que el deudor no haya reconocido expresa o tácitamente el derecho del acreedor, es decir, que esta falta de reconocimiento produzca que la relación jurídica esté como dormida y sin síntomas de vida.

De que el transcurso del tiempo es un requisito necesario para el acaecimiento de la prescripción, no nos queda duda, porque lo señala expresamente la norma. Ahora bien, respecto del no reconocimiento al que hace mención el citado autor, debemos decir que el mismo se relaciona con la no interrupción del plazo de prescripción. No obstante, si el plazo se interrumpe, es posible que luego se vuelva a contar desde cero, y tendrá que ser de manera ininterrumpida que se logre el plazo que la ley ha preestablecido para poder ganar y deducir la prescripción.

Ahora bien, entonces ¿debe entenderse que, si se acude a los tribunales de justicia, el solo paso del tiempo hará que la pretensión quede desestimada *ipso facto*?

La respuesta negativa se impone.

Y ello es así, porque el fenómeno de la prescripción debe ser ligado no sólo con el acaecimiento del tiempo, sino —además y necesariamente— con el hecho de que haya sido invocado en forma oportuna y que esta invocación haya sido acogida favorablemente por los tribunales de justicia.

En ese entender, son dos pasos los que deben seguirse a efectos de que el fenómeno de la prescripción sea apreciado por el derecho. El primero, la invocación oportuna de la prescripción; el segundo, que haya sido apreciada favorablemente por el tribunal que conoce de la causa.

Ahora bien, que la prescripción sea invocada por la parte que se beneficia con ella, no representa

un requisito de constitución de la prescripción, sino —como sostenemos— un requisito de eficacia de la prescripción frente al acreedor y terceros.

Respecto de la invocación de la prescripción por la parte interesada, es claro que el artículo 1992 del Código Civil, señala que el juez no puede aplicar de oficio la prescripción; pero ello implica que, si no es invocada por la parte interesada, se entiende que la “acción” (pretensión) no prescribió. De ser esto así, no podría entenderse el texto del artículo 2001 del Código Civil, que regula los plazos de prescripción y que establece que determinadas “acciones” (pretensiones) prescriben al transcurrir una determinada cantidad de años, que la propia ley señala. En otras palabras, lo que pretendemos dilucidar es desde cuándo se producen los efectos de la prescripción: si se producen *ipso iure*, con el solo transcurso del plazo o si se requiere su invocación.

De ser necesaria la invocación del paso del tiempo fijado por la ley, entonces deberá entenderse que la “acción” (pretensión) prescribe transcurrido el plazo exigido por la ley y luego de haber sido invocada la prescripción. Es decir, los efectos de la prescripción recién se producirían una vez que ésta sea invocada por la parte interesada en valerse de ella.

A nuestro entender, el acaecimiento de los plazos convierte de inmediato a la obligación civil en una obligación natural. Recordemos que, como hemos sostenido en un inicio, la prescripción no es propiamente un derecho del deudor, sino un mecanismo de defensa que ese deudor podrá o no usar en contra de su acreedor, para contrarrestar su “acción” (pretensión); y, como tal, no es posible que los tribunales de justicia —que se representan como neutrales— la invoquen a fin de favorecer a una de las partes.

Ello no implica que la “acción” (pretensión) no haya prescrito, porque el tiempo exigido por la ley ya venció; sino, simplemente que al no invocarse la prescripción se entiende que el deudor no está empleando ese mecanismo de defensa que posee; y como efecto inmediato de ese no valerse del tratamiento de lo que en teoría ya sería una obligación inexigible, se tiene que el derecho tratará a la misma como si fuera una obligación civil y no lo que la doctrina conoce mayoritariamente como una obligación natural.³⁶

³⁵ Díez-Picazo y Ponce de León, (1958, p. 987).

³⁶ Con el doctor Felipe Osterling Parodi hemos recusado el término «obligaciones naturales», pues el mismo importa, una *contradictio in adjecto* o *contradictio in terminis*. No hay obligación porque no existe exigibilidad; se trata, simplemente, de un derecho cuya exigibilidad se ha perdido (ha prescrito la pretensión) y, por tanto, debería clasificarse como un

Expuestos así nuestros argumentos, consideramos que el solo paso del tiempo hace que la “acción” (pretensión) del acreedor prescriba y, por lo tanto, que la obligación del deudor sea inexigible; pero los efectos de la prescripción no serán oponibles sino desde su invocación –en tiempo oportuno– por la parte interesada. Con lo cual, sostenemos que la alegación de la prescripción no es más que un mero requisito de eficacia, pero no un requisito para su existencia.

Por ello, si la prescripción no es deducida oportunamente o si no es acogida por los tribunales, corresponderá evaluar el fondo del asunto, a fin de determinar si se debe declarar la pretensión (que ha prescrito, pero sobre la cual no se ha deducido prescripción) como fundada o infundada. Pero, definitivamente, no podrá archiversarse el proceso en razón a la prescripción no invocada, porque el juez –tal y como lo señala el artículo 1992 del propio Código Civil³⁷– no puede fundar sus fallos en la prescripción si ésta no ha sido invocada; y nosotros agregaríamos que ello debe entenderse no sólo como que no ha sido invocada, sino que no lo ha sido en tiempo oportuno.

De esta forma, podemos concluir en que el único requisito para que se produzca la prescripción es el acaecimiento de los plazos establecidos por la ley (artículo 2001 del Código Civil³⁸ y demás normas que establezcan plazos especiales de prescripción), pero que al ser un mecanismo de defensa a emplear por el deudor beneficiado, la prescripción sólo podrá ser invocada por éste, y será esa invocación –y posterior acogimiento por parte de los tribunales– la que genere que los efectos propios de la prescripción sean oponibles al acreedor y terceros. Es de saber que el principal efecto de la prescripción consiste en la conversión del tratamiento que le da el derecho a la obligación, es decir, ella se transforma de obligación civil a lo que la doctrina denomina generalmente

como obligación natural; esto es, se transforma de una obligación exigible a una inexigible.

F. Entonces, ¿se extingue la acción o la pretensión?

La prescripción, como medio de defensa que puede ser utilizado por el deudor beneficiado por el envejecimiento de la pretensión del adversario, no es en sí misma un derecho subjetivo del deudor, sino un mecanismo procesal (como tal, se emplea dentro del proceso) que busca poner fin al propio proceso. Ello no implica que se ponga fin a la acción porque, como hemos señalado, la acción no forma parte del proceso, sino que es un derecho ejercido con anterioridad al proceso, en donde se inserta la pretensión material a través de la pretensión procesal, entendiéndola a la pretensión en sentido estricto (al igual que Díez-Picazo) como el acto del ejercicio de la facultad de exigir.

El profesor Juan Monroy hace la salvedad respecto de lo que se extingue con la sentencia que amparará la prescripción deducida por la parte interesada, señalando que lo que se extingue no es la acción.

Cuando delimitamos el concepto de acción que emplea nuestro ordenamiento civil, dijimos que la acción es un paso previo al proceso y, como tal, no forma parte del mismo, sino que es un derecho subjetivo que tiene la persona para acudir a los tribunales a pedir que se ampare su pretensión. Por ello, lo único que sucede cuando una persona ejerce el derecho de acción es activar la maquinaria judicial para dar paso al inicio del proceso, el mismo que comienza con la demanda.

Monroy³⁹ comenta que, siendo el derecho de acción uno subjetivo, éste se extingue cuando se extingue su titular. Por lo tanto, una sentencia definitiva no afecta el derecho de acción del demandante, debido a que éste jamás estuvo en

«deber jurídico con contenido patrimonial». Es decir, un deber previsto expresamente por la norma jurídica que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir a quien paga no estando obligado, pero que si lo hace es porque está respondiendo a un imperativo de su conciencia. No obstante, debemos reconocer que la inmensa mayoría de autores denomina a estos deberes como *obligaciones naturales*. Y, en ese sentido, el profesor Osterling y yo seguimos esa nomenclatura por razones prácticas. Véase a Osterling Parodi y Castillo Freyre (1994, pp. 132 y 254); Véase a Osterling Parodi y Castillo Freyre (2000, pp. 687, 756 y 757).

³⁷ Artículo 1992.- El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada (Código Civil, 1984).

³⁸ Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.
5. A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia (Código Civil, 1984).

³⁹ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 270).

disputa durante el trámite del proceso en que se expidió la sentencia.

Tal apreciación nos parece correcta. Ello se evidencia en la práctica, porque no cabe duda de que en el supuesto en que la sentencia no dé la razón a la parte demandante, ésta puede —en otro proceso— reclamar el mismo derecho que le fue denegado en el anterior. Esto podrá suceder cuantas veces —teórica o académicamente— se pueda uno imaginar, porque sin duda el derecho de la persona a pedir al Estado que ejerza tutela jurisdiccional respecto de un derecho —que se alega como vulnerado—, siempre existirá; y sólo dejará de existir, respecto de una persona, cuando ésta muera. Pero, incluso en esta eventualidad, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil, esa obligación, salvo casos de excepción, es transmitida a sus herederos. Lo propio podemos decir de otros derechos de naturaleza distinta a las obligaciones, en virtud de que este precepto se aplica a todos ellos.

Todo esto, no obstante, más allá de que en cualquiera de esos sucesivos procesos, la parte demandada puede deducir la excepción de cosa juzgada, si fuese el caso.

Así, pues, si bien el artículo 1989 del Código Civil de 1984 se refiere literalmente a la prescripción de la acción, debemos entender que la acción como tal no es susceptible de prescribir, pero lo que sí prescribe es la pretensión.

Windscheid⁴⁰ postula la prescripción (*anspruch*)⁴¹ de las pretensiones y sostiene que lo que prescribe es el derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir un hacer o un omitir. No obstante, tal postulación es criticada por Díez-Picazo, cuando anota que las pretensiones no son poderes jurídicos sino actos efectivos de ejercicio del derecho frente al otro.

En ese sentido, si el acto efectivo del ejercicio se da cuando uno reclama el derecho que se tiene frente al otro, entonces cuando se habla de la prescripción de la acción, ello deberá entenderse como la prescripción de la facultad jurídica que se manifiesta a través del acto de reclamar un derecho, porque el mismo ha devenido en inexigible; con lo cual es claro que la prescripción no constituye un medio de extinción de la acción sino de la pretensión.

Ahora bien, ¿qué pretensión es la que se extingue: la material o la procesal? Si repasamos lo expuesto, recordaremos que sostuvimos que la pretensión procesal (la exigida en el proceso) se encuentra intrínsecamente relacionada con la pretensión material (la exigida fuera del proceso) y que la prescripción se deduce en el proceso a modo de excepción. Con lo cual tendremos que, en principio afectará directamente a la pretensión procesal, convirtiéndola en inexigible. Pero, la pretensión procesal contiene la pretensión material, con lo cual ella también quedaría afectada, convirtiéndola en inexigible.

Así, por ejemplo, es perfectamente factible que el día de hoy alguien demande a su vecino por una deuda que tiene éste con aquél desde hace doce años. La deuda asciende a la suma de treinta mil dólares americanos. Al finalizar el proceso, es posible también que los tribunales de justicia den la razón al demandante y ordenen al vecino pagar la deuda; pero, inversamente, es también posible que en el proceso el vecino deduzca la prescripción de la deuda y los tribunales declaren fundada tal excepción, con lo cual el juez ya no conocería el fondo del proceso.

Tal y como se puede apreciar en el ejemplo propuesto, el solo paso del tiempo no extingue el derecho de acción, porque finalmente se pudo acudir a los tribunales reclamando un derecho que se alegaba tener. Así, pues, queda claro que no hay nada que impida recurrir a los tribunales a pedir tutela judicial, con lo cual se destaca —otra vez— que no es propiamente la acción lo que prescribe, sino la pretensión.

Entonces, ¿cómo es posible que ante una situación en la cual el derecho no es amparado y correlativamente la obligación no es exigible, pueda subsistir el derecho?

G. El derecho no tutelable y la obligación no exigible

Recordemos que el artículo 1989 del Código Civil, señala que la prescripción extingue la acción, “pero no el derecho mismo”. Entonces, en una primera impresión parecería contradictorio sostener que se tiene el derecho, pero que si se reclama es posible que el mismo no sea amparado, si se deduce —y declara fundada— la excepción de prescripción.

⁴⁰ Windscheid, B. citado por Díez-Picazo y Ponce de León (1958, p. 985).

⁴¹ Luis Díez-Picazo traduce el término “*anspruch*” como “pretensión”.

A decir de Rubio Correa,⁴² en principio, esto podría parecer un despojo a quien detenta el derecho; sin embargo, ello no es así –según comenta el citado autor– porque en realidad, el plazo fijado por la ley para que opere la prescripción se estima razonable para que el interesado pueda proteger su derecho accionando y, como no lo ha hecho, se entiende que no tiene interés efectivo en el derecho que detenta, razón por la cual se le priva de la posibilidad de reclamarlo con éxito en el futuro. Esto es lo que busca el derecho con la institución de la prescripción.

Pero si su contraparte no invoca la prescripción y paga, se entenderá que el pago ha sido bien realizado, pues el derecho no se había extinguido sino solamente la facultad de exigirlo. Esto también se presentará en caso el demandado no deduzca la prescripción, no pague, continúe el proceso y lo pierda, siendo condenado a pagar. Como sabemos y será estudiado en esta obra, la prescripción sólo puede ser deducida en el tiempo procesal oportuno; aquella que es deducida de manera tardía, se considera no opuesta.

Todo esto se relaciona fundamentalmente, con un tema que es más propio del derecho de obligaciones, a saber, el relativo a las llamadas obligaciones naturales.

No pretendemos profundizar en él, pero sí esclarecer de qué estamos hablando. Para ello, emplearemos algunos conceptos previamente esbozados en nuestro “Tratado de la Obligaciones” y en nuestro “Tratado de derecho de las obligaciones”, así como en las diversas ediciones de nuestro “Compendio de derecho de las obligaciones”, todos ellos escritos con nuestro maestro, el profesor Felipe Osterling Parodi.⁴³

Por la obligación, el deudor debe jurídicamente, ya que la obligación es un deber jurídico de pagar. Si no paga, el deudor puede ser constreñido al pago directo o al indemnizatorio de los perjuicios causados.

La obligación natural sería, en derecho positivo, una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Porque, se afirma que la obligación natural es aquella que contiene deuda, pero no constreñimiento. Así, pues, hay *debitum*, ya que existen razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no

hay garantía, pues no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

En efecto, cuando se produce la prescripción, lo que prescribe –tal y como lo señalamos– es la pretensión que inicialmente podía ser interpuesta y exigible, dado que la obligación era de naturaleza civil.

Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales, por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley y al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una pretensión judicial que lo consagre.

Pero queda en evidencia que incluso en estos casos el acreedor interesado podría recurrir a los tribunales, dado el irrestricto derecho de acción; que, incluso, podría plantear pretensiones en su demanda; y que, aún más, podría ganar el juicio si es que el demandado no deduce la excepción de prescripción. En otras palabras, como ya lo hemos expresado, por más que una obligación ya esté prescrita, el acreedor demandante podría terminar ganando el proceso y cobrando lo adeudado.

Entonces, resulta claro que, en el caso de la prescripción, a diferencia de la caducidad, el derecho no se extingue, sino subsiste, pero como una obligación natural a cargo del deudor. Es decir, la deuda existe, el deudor sigue siendo deudor, sólo que, pasado el plazo de prescripción, el deudor tendrá el derecho potestativo de pagar o no tal deuda. Así, si el deudor paga a su acreedor, por más que la deuda pudo haber sido declarada como prescrita, el pago habría sido correctamente efectuado.

En este punto –el del pago de las obligaciones naturales– muchos autores se preguntan si se tendría o no derecho a repetir. La respuesta sin duda alguna sería negativa, puesto que bien señala el artículo 1989 del Código Civil que el derecho subsiste, y subsiste en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, por mandato de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad.

Ello, además de lo establecido por el artículo 1275⁴⁴, en el sentido de que “No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita [...]”.

⁴² Rubio Correa, (1989, p. 31).

⁴³ Por citar dos de ellas: Osterling Parodi & Castillo Freyre. (2014); y, Osterling Parodi & Castillo Freyre (2020).

⁴⁴ Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar (Código Civil, 1984).

En ese supuesto de pago, el acreedor de la deuda la cobrará como una obligación civil, y no precisamente porque haya dejado de ser una obligación natural, sino porque el deudor de esa obligación renunció—en la práctica— a ejercer su medio de defensa, que implicaba deducir la excepción de prescripción, la misma que hubiese posibilitado que el tratamiento de ese tema se basara en el carácter natural de la obligación.

Es decir, una obligación prescrita se convierte en una obligación natural, pero al no deducirse la prescripción de la misma, será tratada por el derecho como cualquier obligación civil. Así, pues, el hecho de que no se deduzca la excepción le quita en la práctica el carácter de natural a la obligación, y ello se explica porque —en buena cuenta— el carácter natural de una obligación es una situación de orden facultativo para el deudor y, como tal, se circunscribe única y exclusivamente al deudor de la misma.

Por tal razón, si esa exigibilidad o inexigibilidad no es invocada por la parte deudora, se tratará a la obligación natural como una civil, pero no por ello habría dejado de ser una obligación natural hasta el momento en que sea pagada.

H. Conclusiones

Con base en lo expuesto, queda claro que el derecho de acción, entendido como el derecho de las personas de acudir a los tribunales de justicia a pedir tutela jurídica, no se agota ni se extingue con la prescripción. Lo que se extingue con la prescripción es la pretensión, sea material o procesal.

Sostenemos también que la prescripción se configura con el paso del tiempo ininterrumpido durante el plazo exigido por la ley; pero su eficacia no es automática, pues para que surta efectos la prescripción se necesita que ella sea alegada por la parte que se beneficiaría con la misma y que tal excepción sea declarada fundada, con carácter firme, por los tribunales de justicia que conocen la causa.

Así, también, el efecto inmediato de la prescripción consiste en que la obligación civil deviene en una obligación natural, lo que no impide que trate de ser exigida en los tribunales de justicia, con las salvedades sobre las que ya hemos tratado. Ahora bien, la obligación natural es susceptible de ser cumplida por el deudor, el mismo que, de efectuar el pago, no tendrá derecho a la repetición de lo pagado, pues el derecho del acreedor—quien ya no podrá exigir el cobro de su acreencia— subsiste. 🗑️

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Ediar Editores.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (tomo VI, 15ava ed.). Editorial Heliasta.
- Carlos, E. B. (1954). Vocablo acción. En *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Tomo I). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Capitant, H. (1966). *Vocabulario Jurídico* (Traducción de A. H. Guaglianone). Ediciones Depalma.
- Carrión Lugo, J. (2004). *Tratado de derecho procesal civil*. Editora Jurídica Grijley.
- Castillo Freyre, M. (2004). Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante. *Revista Jurídica del Perú*, 54(55), 113-136.
- Castillo Freyre, M., & Molina Agui, G. (2008). Qué es lo que extingue la prescripción. Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil peruano. *Jus Doctrina & Práctica*, 1, 201-212.
- (2009). ¡Prohibido renunciar! Reflexiones en torno al artículo 1990 del Código Civil. *Advocatus*, 21, 63-69.
- Cervera y Jiménez-Alfaro, F., & De Casso y Romero, I. (1950). *Diccionario de derecho privado*. Editorial Labor.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1958). En torno al concepto de prescripción. *Anuario de derecho civil*, 974.
- Escriche, J. (1993). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* (Edición y estudio introductorio por M. del R. González). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores García, F. (2006). Vocablo acción. En *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (tomo I, p. 70). Rubinzal Culzoni Editores.
- García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la Legislación Peruana* (tomo I, 2da ed.). Imprenta del Estado.
- Hinostroza Mínguez, A. (2005). *Postulación del proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Medina Lima, I. (2006). Voz pretensión. En *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (Tomo VIII, pp. 581-582). Rubinzal Culzoni Editores.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (tomo I). Editorial Témis.

Olmos, R. G. (2002). *Pretensiones procesales en el Código Civil*. Editora Jurídica Grijley.

Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (1994). *Tratado de las obligaciones* (Tomo I, pp. 132-254). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2000). Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones. En *Homenaje a José León Barandiarán. Temas de derecho* (Tomo II, pp. 687, 756-757). Fondo Editorial del Congreso.

(2004). Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario. *Derecho y Sociedad*, 15(23), 267-274.

(2014). *Tratado de derecho de las obligaciones*. Thomson Reuters.

(2020). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Rimay Editores.

Palacio, L.E. (2005). *Derecho procesal civil* (tomo I, 2da ed.). Abeledo-Perrot.

Ramírez Gronda, J. (s.f.). *Diccionario Jurídico* (7ma ed.). Editorial Claridad.

Real Academia Española. (s.f.a.). Acción. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de agosto de 2024. <https://dle.rae.es/acci%C3%B3n>

(s.f.b). Pretensión. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de agosto de 2024. <https://www.rae.es/drae2001/pretensi%C3%B3n>

Rubio Correa, M. (1989). *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil* (2da ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).