

¿Qué es lo que extingue la prescripción? Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil Peruano

*Mario Castillo Freyre**
*Giannina Molina Agui***

SUMARIO: 1. PALABRAS LIMINARES.— 2. EL DERECHO DE ACCIÓN.— 2.1. EL DESTINATARIO DE LA ACCIÓN.— 2.2. UNA PRECISIÓN CON RESPECTO AL CONCEPTO DE ACCIÓN.— 3. LA PRETENSIÓN.— 3.1. LA PRETENSIÓN MATERIAL.— 3.2. LA PRETENSIÓN PROCESAL.— 3.3. EL DESTINATARIO DE LA PRETENSIÓN.— 4. RELACIONES ENTRE ACCIÓN Y PRETENSIÓN.— 5. EL TIEMPO Y LA EXTINCIÓN DE LA «ACCIÓN».— 6. ENTONCES, ¿SE EXTINGUE LA ACCIÓN O LA PRETENSIÓN?— 7. EL DERECHO NO TUTELABLE Y LA OBLIGACIÓN NO EXIGIBLE.— 8. CONCLUSIONES.

1. PALABRAS LIMINARES

La prescripción es un tema de gran importancia en materia civil y procesal.

Inexplicablemente, la estructura curricular de la carrera de Derecho, en la gran mayoría de las Facultades de nuestro país, excluye los temas comprendidos en el Libro VII del Código Civil, a saber, prescripción y caducidad.

La prescripción —al no calzar en estricto en alguno de los cursos de Derecho Civil ni en los de Procesal— se aborda de manera tangencial en Teoría General del Derecho, Obligaciones, Procesal Civil, Sucesiones, Acto Jurídico, y en alguna otra asignatura que posea normas legales relativas al tema bajo estudio.

Cuando un cliente recurre a un abogado porque ha sido demandado, lo

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Giannina Molina Agui es estudiante del 7° ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asistente de Cátedra del doctor Rómulo Morales Hervias en el curso de Acto Jurídico en la Pontificia Universidad Católica del Perú y practicante del Estudio Mario Castillo Freyre.

primero que el abogado debería hacer, no es precisamente analizar si en el plano sustantivo tiene o no razón la parte demandante, o cuáles podrían ser los argumentos de defensa o de contra ataque de su cliente; sino si las pretensiones planteadas por el demandante han prescrito, con el objeto de poder deducir la respectiva excepción en tiempo oportuno.

En las siguientes páginas estudiaremos 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.

2. 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.

Sin embargo, 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 uno solo 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,¹ 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.

Sin embargo, 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).

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.

A saber, Hugo Alsina,² 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 Lugo³ 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.

¹ ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956, p. 306.

² ALSINA, Hugo. *Op. cit.*, p. 324.

³ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, vol. I, p. 71.

En esa misma línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio⁴ señala 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,⁵ 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.

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—⁶ 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 e inconsumible, 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 tribunales 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

⁴ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Segunda Edición, sexta reimpresión, 2005, tomo I, p. 380.

⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fe de Bogotá: Témis-De Belaunde & Monroy, 1996, tomo I, p. 271.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. Citado por ALSINA, Hugo. *Op. cit.*, p. 329.

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.

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, 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.

2.1. *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.

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.

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 del mismo.

2.2. Una precisión con respecto al concepto de acción

Es preciso mencionar, como lo hace Lino Enrique Palacio,⁷ 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 a 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 —como los llama él— de fondo (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 el mismo no podrá ser dilucidado 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.

Sin embargo, 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 no podrá nunca 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).

⁷ PALACIO, Lino Enrique. *Op. cit.*, p. 382.

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.

Sin embargo, dada su ubicación legal, es decir al ser la prescripción parte del Libro VII del Código Civil, diríamos que el concepto de acción que emplea este cuerpo legal, es el de derecho reconocido por el Código Civil⁸ 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 Correa⁹ 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.

3. LA PRETENSIÓN

Eduardo J. Couture¹⁰ 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.

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

⁸ 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.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, Segunda Edición, vol. VII, p. 88.

¹⁰ COUTURE, Eduardo J., citado por OLMOS H., René G. *Pretensiones procesales en el Código Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. xxvi.

3.1. La pretensión material

Juan Monroy Gálvez¹¹ define a la pretensión material como el acto de exigir algo — con relevancia jurídica— a otro, antes del inicio de un proceso. Sin embargo, 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—¹² como pretensión extraprocesal, y es definida como aquella que tiene el titular de un derecho para exigir la satisfacción o cumplimiento de éste.

3.2. La pretensión procesal

Según señala Palacio,¹³ 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.

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

¹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 272.

¹² AZULA CAMACHO, Jaime. Citado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Postulación del Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Primera Edición, p. 140.

¹³ PALACIO, Lino Enrique. *Op. cit.*, p. 385.

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 Monroy¹⁴ 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 el tema de la pretensión, dado que el mismo constituye objeto central de nuestro análisis.

3.3. *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.

4. 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

¹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 273.

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».

5. EL TIEMPO Y LA EXTINCIÓN DE LA «ACCIÓN»¹⁵

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 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. Sin embargo, Luis Díez-Picazo¹⁶ considera que un concepto así delineado es demasiado vago y demasiado general para resultar útil. Así, pues, una de las primeras observaciones que hace el citado autor, es que bajo tal definición también pueden encajar todas las demás modificaciones que acaecen en una situación jurídica merced

¹⁵ En este apartado emplearemos la palabra «acción» entrecomillada, toda vez que éste es el término empleado por el Código Civil, lo cual no implica que la «acción» sea aquello que se extinga. Esto último será analizado más adelante.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Servicio de Publicaciones, Octubre-Diciembre, 1958, p. 974.

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—,¹⁷ 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 prescriptorio. Sin embargo, 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 sólo paso del tiempo hará que la pretensión quede desestimada *ipso facto*?

La respuesta negativa se impone.

Y ello es así, porque el fenómeno prescriptorio 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 prescriptorio 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

¹⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 987.

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; sin embargo, ello implica que si no es invocada por la parte interesada, se entiende que la «acción» no prescribió. De ser esto así, no podría entenderse el texto del artículo 2001 del Código Civil, que regula los plazos prescriptorios y que establece que determinadas «acciones» 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» 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»; 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» 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 está rechazando ese mecanismo de defensa que posee; y como efecto inmediato de ese rechazo al 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.¹⁸

Expuestos así nuestros argumentos, consideramos que el solo paso del tiempo hace que la «acción» del acreedor prescriba y, por lo tanto, que la obligación del deudor sea inexigible; sin embargo, 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 de la prescripción, pero no un requisito para la existencia de la misma.

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 corresponde declarar la pretensión (que ha prescrito, pero sobre la cual no se ha deducido prescripción) como fundada o infundada. Pero, definitivamente, no podrá archivarse el proceso en razón de la prescripción no invocada, porque el juez —tal y como lo señala el artículo 1992 del propio Código Civil— 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.

Entonces, 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 Civil y demás normas que establezcan plazos prescriptorios especiales), pero que al ser un mecanismo de defensa a emplear por el deudor beneficiado, sólo podrá ser invocada por éste, y será esa invocación —y posterior acogimiento 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 de

¹⁸ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre recusan el término «obligaciones naturales», pues el mencionado término importa, una *contradictio in adjecto* o *contradictio in terminis*. Señalan que no hay obligación porque no existe exigibilidad; se trata, simplemente, de un derecho que carece de acción y, por tanto, debería clasificarse como un «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. (OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, tomo I, pp. 132 y 254; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones». En *Homenaje a José León Barandiarán. Temas de Derecho*. Lima: Fondo Editorial del Congreso, 2000, tomo II, pp. 687, 756 y 757).

obligación civil a obligación natural, esto es de exigible a inexigible.

6. 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, entendiendo 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 jurídico, 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 se inicia con la demanda.

Monroy¹⁹ 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 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

¹⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 270.

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.

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.

Windshcheid²⁰ postula la prescripción («*anspruch*»²¹) 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. Sin embargo, 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 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.

²⁰ WINDSCHEID, Bernard. Citado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 985.

²¹ Luis Díez-Picazo traduce el término «*anspruch*» como «pretensión».

La deuda asciende a la suma de treinta mil dólares. Al finalizar el proceso, es posible también que los tribunales de justicia den la razón al demandante y ordenen al vecino pagar la deuda; sin embargo, es también posible que en el proceso el vecino deduzca la prescripción de la deuda y los tribunales declaren fundada tal excepción.

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?

7. 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.

A decir de Marcial Rubio Correa,²² en principio, esto podría parecer un despojo al detentador del derecho; sin embargo, esto 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.

Sin embargo, si su contraparte no invoca la prescripción y paga, se entenderá

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 31.

que el pago ha sido bien realizado, pues el derecho no se había extinguido sino solamente la facultad de exigirlo.

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

No pretendemos profundizar en el tema, pero sí esclarecer de qué estamos hablando. Para ello, emplearemos algunos conceptos previamente esbozados en una investigación anterior por uno de los coautores de este artículo, con el doctor Felipe Osterling Parodi.

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 acción judicial que lo consagre.

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 prescriptorio 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.

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 que al no deducirse la prescripción de la misma, será tratada por el Derecho como cualquier obligación civil. Así, pues, la no interposición de 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.

8. CONCLUSIONES

En base a 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, ya sea material o procesal.

Sostenemos también que la prescripción se configura con el paso del tiempo ininterrumpido durante el plazo exigido por la ley, y para su eficacia se necesita que la prescripción sea alegada por la parte que se beneficia con ella y que sea acogida por los tribunales.

Así, también, el efecto inmediato de la prescripción consiste en que la obligación civil deviene en una obligación natural, no siendo por tanto pasible de ser exigida, mas sí susceptible de ser cumplida por el deudor natural, el mismo que de efectuar el pago no tendrá derecho a la repetición de lo pagado, pues el derecho del acreedor —quien ya no puede exigir el cobro de su acreencia— subsiste.

Lima, enero del 2008.