

LA PRESCRIPCION EXTINTIVA FRENTE AL ESTADO
ACTUAL DE DERECHO

ORLANDO VILORIA HENRIQUEZ
FRANK MOSQUERA MONTECRISTO

PROYECTO DE GRADO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
1998

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	4
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
2. OBJETIVOS	9
2.1. OBJETIVO GENERAL	9
2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	9
3. JUSTIFICACION	10
4. DELIMITACION	11
4.1. ESPACIAL	11
4.2. TEMPORAL	11
4.3. DEMOGRAFIA	11
5. MARCO TEORICO	12
5.1. ORIGEN	12
5.2. CONCEPTUALIZACION	19
5.3. DEFINICION DE TERMINOS	22
6. DISEÑO METODOLOGICO	23
6.1. METODOLOGIA	23
6.2. METODO	24
6.3. TECNICAS	24
7. FORMACION DE HIPOTESIS	25
7.1. GENERAL	25
7.2. ESPECIFICAS	25
BIBLIOGRAFIA	26

INTRODUCCION

En el desarrollo de nuestro proyecto intentaremos repasar, revisar y ajustar la prescripción extintiva frente al estado actual del derecho y sus perspectivas inmediatas.

Trataremos la celeridad y facilidad de las comunicaciones y por ende de las relaciones económicas y socio-jurídicas.

Según su origen, tendencias y perspectivas analizaremos su definición teniendo siempre presente su proyección humanística y cultural con una posición metódica alrededor de las teorías del conocimiento con una posición dialéctica que nos servirá de guía para ordenar los hechos que presiden la prescripción extintiva.

Describiremos sobre las bases jurídicas la prescripción en los códigos, derechos y acciones imprescriptibles, la razón de ser de la prescripción, su objeto, funcionamiento, el tiempo de suspensión, interrupciones, renunciaciones, las clases

de prescripción extintiva, sus efectos, caducidad entre otros.

Visitaremos a las instituciones versadas en el tema que nos asistirán para fortalecer su contenido investigativo y llevarlo a las instancias pertinentes en general.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La prescripción examinada en su vertiente de efectos extintivos de derechos y pretensiones deja de lado efectos creativos de derechos originarios.

El derecho subjetivo está limitado por el paso del tiempo, en un comienzo para la determinación de su vigencia y exequibilidad, y posteriormente, porque al cabo de un determinado período sin haberlo ejercido frente a los límites cronológicos del derecho subjetivo ya no es más valedero.

La anterior circunstancia es la prescripción entendida tracionalmente como la pérdida de la acción no ejercida aún a consecuencia del transcurso de un determinado período de tiempo. En concreto inercia al no uso del derecho, a la que, de entrada, en hacer rápido eficientemente, y precisión había que preguntarse:

- ¿Qué hacer a los supuestos del hecho de la pérdida?

- ¿La ausencia del reconocimiento del derecho por parte del beneficiario del efecto extintivo?
- ¿En lo relativo a cómo opera, su necesaria oposición y deducción en procesos?
- ¿En cuanto a sus efectos, la extinción del derecho mismo y no sólo de la acción o pretensión correspondiente?.

Por lo anterior construiremos una reflexión sobre la prescripción y conceptualizarnos que es una figura que dimana del derecho vivo resumido de las necesidades vividas y sentidas de la vida cotidiana, contrapuesto al formulismo y al conceptualismo no siendo oportuno discutir sobre el estado de derecho, porque la prescripción responde a las exigencias de consolidar situaciones de hecho que han permanecido inalteradas durante un cierto período de tiempo, suficientemente largo, como para otorgar un justo título para la adquisición de bienes o para el ejercicio de derechos; si que también complementariamente de darles a los eventuales demandados un tratamiento más leal, liberarlos de una espera indefinida.

Esto explica tanto su aparición relativamente tardía

como también la concepción procesalista de la prescripción y la posición marginal y subsidiaria de la figura, inclusive en cuanto al operador jurídico, tan habituado a la rigidez de los conceptos y pautas de conducta, difícilmente acepta su sentido lógico y su corrección ética.

Construiremos de la mano la prescripción como objeto de estudio profundizando reflexivamente su importancia relacionada con su extensión.

OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL:

Repasar, revisar y ajustar la prescripción extintiva frente al estado actual del derecho y sus perspectivas inmediatas.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Repasar la prescripción extintiva.
- Revisar y analizar la prescripción extintiva.
- Ajustar y prospectar la prescripción extintiva.

3. JUSTIFICACION

Numerosos son los aspectos de la prescripción extintiva que convendría caracterizar, analizar, ajustar e implementar al estado actual del derecho y a sus perspectivas inmediatas, dentro de estas ante todo, la celeridad y facilidad de las comunicaciones y, por ende, de las relaciones económicas y jurídicas y mucho que apremia a su definición presta y que necesariamente conduce a una aproximación y a la comunidad normativa.

La importancia de la investigación radica en su proyección humanística y cultural como centro de lo universal, visionaria del derecho como principio ético político.

4. DELIMITACION

4.1. ESPACIAL:

El escenario será donde se amerita las situaciones que prescindan de la prescripción extintiva entendiéndose como las instituciones en general, viabilizando un seguimiento jurídico empresarial.

4.2. TEMPORAL:

Se retornará en una concepción teórica -jurídica a la luz de los años 80 hasta la actualidad.

4.3. DEMOGRAFIA:

Se dirigirá a la población que se encuentre implicado en los casos que jurídicamente estén y viabilicen una situación donde las partes lleguen a un mutuo acuerdo.

5. MARCO TEORICO

5.1. ORIGEN:

Brevemente se traen a cuenta algunas pinceladas de historia del derecho, para recordar cómo apareció y cómo fue evolucionando la figura de la prescripción hasta su presentación sistemática en las codificaciones decimonónicas.¹

En un principio, concordemente con la prevalencia de la idea de intangibilidad y perpetuidad de los derechos del parte familiar consagrados por el derecho quiritario, no había lugar a pensar en la posibilidad de que ellos se pudieran extinguir a causa de su no ejercicio durante un tiempo determinado, por largo que éste fuera.

La exigencia de consolidar los derechos reales, comenzando por el dominio adquiridos sin el lleno de

¹CFr. M. Amelotti, Prescrizione, diritto romano, en EdD, XXXV Milano, 1986, 36-55, A. Campitelli, Prescrizione, diritto intermedio, en EdD, XXXV, Milano, 1986, 46-55

los requisitos cuya plenitud los haría del todo ciertos e inexprugnables, y quizás más, el anhelo de eliminar sus manchas y riesgos condujo al surgimiento de la usucapía. En tanto que en materia extintiva, dejadas atrás las acciones de ley, correspondientes al derecho arcaico, bien pudo el pretor, a la par que crear acciones (de suyo de corto tiempo en materia de derechos personales), conceder fórmulas de modo de paralizar sus efectos mediante la proposición de exceptiones.²

paulatinamente la necesidad de certeza³ va prevaleciendo sobre cualesquiera otras consideración relativas al desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, y el derecho romano se deja entonces penetrar por el concepto de prescripción general de las acciones⁴.

Fue Teodosio II, quien tomando como antecedente las proscripciones de la extraordinaria cognitio y en especial la lógica temporis prescripto, en aras de alcanzar la certeza de los derechos, dispuso someter

²P.F. Girard, *Manual elementaire de droit romain*, 5 ed, París 1991, 7285.

³Cfr. Messineo, *D.P.cit.* 11, 13, 5 p.65

⁴Cfr. Amelotti, *op.cit.* p.37 igualmente F.Scholz. *Derecho Romano Clásico*, (1951), trad. J. Santa Teigeiro, Barcelona, 1960, p 51 y 11.

prácticamente todas las acciones a una preclusión por razón de la inercia de su titular durante un tiempo prolongado la *longi tempor prescrito*, y en el derecho justinianeo la disciplina de tal institución consiguió más unidad orgánica y sistematización ⁹.

La prescripción implica pérdida de la acción, cosa que, dentro de la relación tan estrecha, que se asemeja a una simbiosis, entre derecho y acción, desemboca, en la extinción de aquel. Sin embargo, el mecanismo mediante el cual opera la prescripción muestra como efecto antes que una desaparición de la legitimación del actor, una "neutralización" del ejercicio de la acción en virtud de la excepción opuesta por el demandado. La prescripción actúa *opexceptionis*, y no *ope legis* o *per ministerium legis*.

A reserva de mayores precisiones y profundizaciones conceptuales, históricas y de políticas legislativa, ha de reconocerse la manifiesta ambigüedad, que se remite, cuando menos, a la regulación justiniana de la *longissimi temporis preaescriptio*, y la superposición de pautas, por muchos aspectos debido, que llevan a una analogía impropia entre la prescripción extintiva y la usucapión o la

⁹Amelotti, op.cit, p 37

prescripción adquisitiva.

de la regulación romana datan algunas particularidades de la normatividad relativa a la prescripción extintiva; el término comienza a contarse a partir del momento en que el titular de la acción puede ejercitarla la Postestas experiundi, un tempus utiliratione initu, momento ex quo competer iure coeperunt, que en materia de obligaciones, es el del incumplimiento. La cuenta del término se detiene a favor de aquellas personas que por una u otra razón merecen una tutela especial, como son los menores y los ausentes, en el derecho justinianeo, en favor de los pupilos y de los menores, pero solo en las proscripciones inferiores a 30 años.

Es este el fenómeno de la suspensión consistente en que el término no comienza a contarse, o su cuenta no continúa, sino una vez que la causa cesa, y en el último caso, el cómputo se reanuda en el punto en que quedó. La prescripción o, mejor, el término se interrumpe, es decir, no sólo se paraliza la cuenta, sino que se prescinde del tiempo ya transcurrido y se elimina su efecto, por una iniciativa procesal formal del actor o por el reconocimiento del derecho suyo por la otra parte (prescribiente).

El curso del tiempo de prescripción no se afecta por el hecho de que la posición del beneficiario potencial se transfiera a heredero suyo o a un sucesor a título singular, como tampoco porque una y otra de estas eventualidades ocurra en lo que respecta al titular del derecho en vías de extinción. La prescripción opera en general por vía procesal, mediante excepción propuesta por el demandado, sin que el juez pueda declararla oficiosamente⁶ obligación aún vigente, de obligación natural, o de lo no debido, y un continuo el del pago hecho luego de la propuesta y acogida la excepción, siguen grabando la concepción y los efectos de la figura⁷

" En el derecho justinianeo (D 44, 1 y C, 8,35), la prescripción aparece como un medio que otorga el

⁶"Las fuentes hablan indistintamente de praescriptio o de exceptio opuesta por el demandado [...] La palabra exceptio se mantiene como concepto procesal, para indicar aquellas circunstancias que privan de eficacia a la acción sólo si se hacen valer oportunamente por el demandado [...] La prescripción es alegada por el demandado, y no puede ser declarada de oficio" Amelotti, op.cit, p 45 Cfr igualmente F. Scholz, Derecho Romano Clásico cit, p 51

⁷La reglamentación moderna de la prescripción se inspira claramente en la prescripción teodosiano-justiniana, cribada a través del tamiz de las experiencias posteriores. [...]. El mérito de la legislación imperial tardía de los severos a teodosio II y finalmente a justiniano, consiste en haber insertado tal figura en el derecho romano y haberla entregado, con una reglamentación suficientemente acabada y perfectamente romanizada para su elaboración posterior" Amelotti, op, cit, p, 465

ordenamiento al demandado para rechazar las pretensiones de un demandante que no tiene o que ya no tiene el derecho de promover una acción, al paso que en el derecho germánico es más un elemento de la pérdida de un derecho por el silencio prolongado de su titular, preclusión del ejercicio del derecho no ejercido y por ciertos aspectos, un castigo de su inactividad silentium"⁶.

En materia de términos, la tendencia en el derecho romano es a su mayor prolongación, en tanto que en el derecho germánico, dentro de una línea general de prescripción veintenal, es de advertir la presencia de costumbres locales que abrevian o amplían ese término dentro de los extremos de cinco a cuarenta años. "En los estatutos de las ciudades italianas se suele regular la prescripción extintiva de las acciones, en especial para abreviar los términos del derecho romano, por considerarlos demasiado largos frente a las necesidades típicas de las prácticas mercantiles nuevas en pleno desarrollo"⁷.

Igualmente vale destacar la previsión adicional de suspensión del término en favor de quienes no se

⁶Amelotti, op. cit., p. 465

⁷Campitelli, op.cit., p. 53

encontraban en condiciones de demandar a causa de su oficio u ocupación, o por situaciones subjetivas particulares taxativamente previstas.¹⁰

En el antiguo derecho francés afirmó la regla de que la prescripción no corría (se suspendía) siempre en favor de quien no se encontraba en posibilidad de obrar, entendida ésta con tanta largueza como para incluir en ella la ignorancia de la existencia de su derecho, demasia que llevó a los redactores del code civil a circunscribir la suspensión a los casos de ley y a eliminarla de las llamadas proscripciones de corto tiempo¹¹.

El 203 BGB, prevé la suspensión de la prescripción cuando el titular del derecho se vea entorpecido por una fuerza mayor.

¹⁰Campitelli, op. cit, 54, con cita del tractatus de G-F Balbi, Venezica, 1572

¹¹H:L:J: Mazeaud et F Chabas, Lecons, cit, II 1181, p. 1217.

5.2. CONCEPTUALIZACION:

Puede decirse, de entrada que la tendencia actual que más se manifiesta y presiona es la de reducción del término de prescripción ordinaria¹².

Asombra el hecho de que muchos de los códigos de los países desarrollados conservan aún un término de prescripción común (ordinaria) de longitud exagerada;¹³, pero, al mismo tiempo se observa un movimiento en favor de la reducción de los términos generales, de treinta a veinte, de veinte a diez, de diez a tres, recortes que aumentan a medida que las normas son más recientes. ¹⁴

¹²La duración del término de derecho común, justificada en el derecho antiguo por la dificultad de las comunicaciones y la lentitud de los correos, es hoy manifestamente exagerada" H:L et. J. Mazeaud, F Chabas, op. cit. 1193, p. 1230, así Valencia Zea, op cit, p. 46

¹³Austria (30 años, 1478ss), Francia (30 años, art 2262), Alemania (30 años 1993) España (30 20 15 años, arts 1962ss)

¹⁴Para el código civil el término ordinario es de 10 años (art 2946) y el de la acción rescabitoria de 5 (art 2947) 10 años según el art 1159 BGB del Japón. El C:C del Perú (1984) fija los "plazos prescriptivos en 10 años para la acción personal (art 2001), el código civil de Quebec señala un término general de 10 años, y el de 3 años para hacer valer un derecho personal que no tenga fijado otro (art 2922 ss9. 3 años es el término en el Lan Reform act (1954), el Latent Damage act (1986) y el Consumer Protection act (1987) de Inglaterra. Y en Alemania se ha propuesto reducir el término general de prescripción a dos años F Peters uR Zimmer Mamm, Verjährungsfristen, 1981, cit, por Hondus, op cit, p 7

A más de ellos es evidente la reducción de los términos en numerosas situaciones específicas contractuales o de resarcimiento de daños¹⁶, de modo que no es exagerado decir que el denominado derecho común se va volviendo excepcional o residual, y que "para la mayoría de las obligaciones un término de prescripción de dos a tres años sería suficiente"¹⁷.

Sin a este respecto es necesario precisar que la longitud es apenas una parte del problema del término de prescripción", como quiera que a ella se vinculan inquietudes concomitantes, como, desde cuándo se cuenta el término, causas, tratamiento y duración de la suspensión, consecuencias del cumplimiento del término, unidas a los poderes del juez para decidir al respecto, cuestiones a las que recientemente se pone mayor atención, en la medida de la reducción de los periodos de prescripción¹⁷.

De suerte que, sin que quepa hablar propiamente de una compensación o equilibrio, el hecho es que la

¹⁶Ello especialmente en Francia y Alemania.

¹⁶Hondius, op cit, p 23

¹⁷Cfr. Hondius, op. cit. 10ss, quien resalta la influencia de las hipótesis de pretensiones resarcitorias por causa de delitos atroces (incesto), o de daños ampliamente esparcidos y con dificultad de identificación de su momento inicial (asbestosis).

reducción de los términos va acompañado de mayor largueza de los poderes del juez, de modo de lograr una mayor equidad en cada caso¹⁰.

La segunda prioridad la tiene el anhelo de disminuir el número de proscripciones o mejor, de términos de prescripción, pues aquí, como sucede con el número de acciones o vías procesales, la multiplicidad conspira contra las exigencias de claridad, sencillez y expedición que demanda el acceso universal a la justicia, que el ejercicio del derecho no se convierta en juego de argucia, lleno de celadas y acechanzas, que operan incertidumbre y desconfianza.

Ante la imposibilidad de fijar un término único, cuando menos se aspira a que la gama de términos sea la menor posible, es decir, se tiende a la simplificación. Una tercera orientación es el empeño de diferenciar lo mejor posible los términos de prescripción de los de caducidad, para seguridad de las gentes.

Una cuarta tendencia es la de "atenuar las diferencias entre las proscripciones extintivas y

¹⁰Cfr Panza, op.cit,p, 48, habla de "relativizar el exordium praescriptionis Cfr. Hondius, op.cit, p, 15

los términos de caducidad"¹⁷, y poner en tela de juicio la afirmación pacífica de que basta la inercia para consumir la prescripción o permitir su alegación, o sea pretender que aquella" sea el resultado de una valoración ponderada del comportamiento de los sujetos de la relación, teniendo en cuenta las circunstancias en que tuvo lugar, o sea dentro del contexto social en que se desarrolla²⁰.

5.3 DEFINICION DE TERMINOS:

- Prescripción, extintiva, código, imprescriptibles, vgr, decreto ley, decreto reglamentario, extinción, cc, statuquo, epso iureope exceptionnis, dies a quo, perfanta, concludenda, op, cit.

¹⁷H;L,J Mazeand, F Chabas, op, cit, no 1170, p 1209, Con recurso, tanto soluciones legislativas, como la discrecionalidad judicial; Cfr, Hondius, op, cit, p.16ss, quien relata que el consejo de Europa ha tratado en vano de desarrollar reglas generales, sobre la prescripción p 23

²⁰Panza, op, cit, p 53ss

6. DISEÑO METODOLOGICO

6.1. METODOLOGIA:

Desde el punto de vista jurídico estudiaremos la prescripción extintiva sin incluir el contexto general.

Exploraremos la prescripción en los códigos, derechos y acciones imprescriptibles, razón de ser de la prescripción, su objeto, funcionamiento, tiempo, la suspensión, interrupción, renunciaciones, las clases de prescripción extintivas, sus efectos, caducidad, entre otros.

Con este propósito a las instituciones que tengan la bibliografía (documentos) pertinentes como a funcionarios versados en la propuesta.

Lo anterior engendra unas teorías que dan respuesta a los procedimientos y las soluciones de la prescripción extintiva frente a un mutuo acuerdo, fortaleciendo los principios del derecho constitucional.

6.2. METODO

Para desarrollar este trabajo asumiremos una posición metódica alrededor de las teorías del conocimiento que da respuesta a los procesos de lo particular a lo general considerando el conocimiento jurídico como representación de la actividad humana.

Resaltará un trabajo concreto y jurídicamente viable en las situaciones de prescripción extintiva. Una posición dialéctica nos sirve de guía para ordenar los hechos que prescinden la prescripción extintiva.

6.3 TECNICAS:

Se reunirá la información posible sobre el tema, entrevistas, a los funcionarios que estudien los casos pertinentes sobre prescripción extintiva.

Una vez recogidos procesados todos estos datos, se sustentará ante los jurados correspondientes.

7. FORMULACION DE HIPOTESIS

7.1. HIPOTESIS GENERAL:

La figura jurídica de prescripción extintiva en su revisión, análisis y perspectivas está determinada por el tiempo sobre la base de necesidades sentidas de las partes contrapuestas al formulismo y al conceptualismo.

7.2. HIPOTESIS ESPECIFICAS:

- Los medios determinan la situación de validez o invalidez en la prescripción extintiva.
- La revisión y el análisis de la prescripción extintiva depende en gran medida de las relaciones económicas y jurídicas que se establecen en acuerdo mutuo de las partes, sin excluir los principios del derecho fundamental en su concepción ético política.

LA PRESCRIPCION EN LOS CODIGOS

Dentro de una sistematización y localización que hoy puede considerarse anómala, el **Code Civil Francais** regula al final del libro III (Diferentes maneras de adquirir la propiedad), en su título XX, juntamente los fenómenos de *prescripción y posesión*, de modo de dictar reglas comunes a las dos especies, adquisitiva y extintiva. El art. 2219 define la prescripción como "[...] n modo de adquirir o de liberarse por el [transcurso de] un cierto lapso de tiempo, y con las condiciones determinadas por la ley". Nuestro Código Civil, tomado del Chileno de Bello, siguiendo esa pauta, también reserva para el final (libro IV, **De las obligaciones en general y de los contratos**), la regulación conjunta de esta figura compleja, en cuatro capítulos: *de la descripción en general, de la descripción con que se adquieren las cosas, de a prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales, de ciertas acciones que prescriben en corto tiempo*¹.

¹ Ospina Fernandez, *op.cit.*, p 814, censura este error metodológico. Como para el *Code Civil Francais* lo había hecho Baudry-Lacantinerie

Dentro los grandes sistemas normativos se tiene el Código Civil Alemán (BGB) de 1900, que separa la disciplina de la prescripción (que corre en la "parte general"), entendida como fenómeno extintivo de pretensiones por inercia(194), de la correspondiente a la usucapión (que obra en el "*Derecho de las cosas*"), instrumento de adquisición de derechos reales por fuerza de posesión prolongada en el tiempo (937ss).

El Codice Italiano de 1942, " inspirándose en la concepción de la diversidad orgánica de las dos prescripciones, separó la disciplina legislativa de la prescripción adquisitiva de la prescripción extintiva"² y así, al paso que regula la prescripción y la caducidad en libro VI: " De la tutela de los derechos", se ocupa de la usucapión, en libro III: "De la propiedad", sec. III.

Recientemente, en América Latina, el Código Civil peruano de 1984, estatuyó lo relativo a la "prescripción adquisitiva" en libro V: "Derechos reales", a propósito de la "adquisición de la propiedad", y lo referente a "prescripción extintiva y caducidad" aparte, en el libro VIII. En tanto que el Código Civil Paraguayo de 1987, se ocupa de la "prescripción liberatoria" a propósito de las obligaciones, como modo de extinción de ellas (libro III), y de la "usucapión" dentro del libro IV: "De los derechos reales sobre las cosas".

² G. Azzariti G. Scarpello, *op.cit.*, p. 201.

El más nuevo de los Códigos de raigambre francesa, el Code Civil de Quebec (1991-1994), mantiene la expresión "prescripción" para ambos denómenos, a los que dedica un libro especial, el VIII, con tres títulos: "Del régimen de la prescripción", "De la prescripción adquisitiva", "De la prescripción extintiva".

DERECHOS Y ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES

En principio, todo derecho y toda acción son susceptibles de extinguirse por medio de la prescripción. Sin embargo, no se debe perder de vista que, así sean en número reducido, hay derechos y pretensiones inmunes a la prescripción, es decir, que escapan al afecto nocivo del tiempo, o dicho sin más, que son prescriptibles³.

RAZON DE SER DE LA PRESCRIPCIONN

¿A qué viene la prescripción extintiva? ¿Cuál o cuáles sus razones de ser y su función? Interés público, orden público⁴.

³ El 194 BGB excluye de la regla general de la prescriptibilidad, la pretensión derivada de una relación familiar relativa a la definición de estado civil. El art. 29342 de 1 C.C. Italiano, sustrae a la prescripción "los derechos indisponibles y los demás derechos indicados por la ley": las acciones de impugnación de la legitimidad y de reconocimiento de la misma, la acción declarativa de filiación, la de impugnación del reconocimiento, la de petición de herencia, la acción divisoria, la acción reivindicatoria, la de nulidad; esto es, nada relacionado con el derecho de crédito. El art. 633 del C.C. Paraguay, cit., dispone, con locución en demasía general, que "no están sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familiar". Cfr. Bigliazzi-geri y otros, op. Cit., 1.1 76, p. 492 ss.

⁴ Lange, op. Cit., p. 105. "El ejercicio tardío de un derecho perturbaría sin razón el orden público": Aynes et Mallaurie, op. Cit., No. 1080, p. 623.

"Ajuste del derecho a la realidad"⁵, son expresiones que inmediatamente se lanzan para respaldar en general a la figura de la prescripción, y concretamente para la extintiva se agrega la justificación como modo de proveer al deudor de "una prueba del pago"⁶. La prencia de la prescripción extintiva es indispensable por exigencia del tráfico jurídico y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas⁷, claridad⁸, seguridad y paz jurídicas⁹, "orden y paz social"¹⁰, "para sanear situaciones contractuales irregulares"¹¹. Es sin duda una medida de seguridad y de saneamiento de las relaciones jurídicas¹². No faltan quienes la conciben y tratan como una pena aplicable, a instancia de parte: el interesado, al titular del derecho negligente

Prenda en tanto que 'esta permanezca en poder del acreedor. [...] [porque] En tales circunstancias la tenencia de la cosa, en virtud de una convención entre las partes, puede interpretarse como un reconocimiento de la existencia de la obligación' (S.N.G., 15 mayo 1946, LX, 634); cfr. Pérez Vives, op. Cit., p. 893 s.

⁵ Así se pregunta P. Raynaud, en el prefacio al libro de M. Brandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, 1986, p. 5.

⁶ H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, op. Cit., nos. 1165 y 1167, p. 1206 s. El caso es que, a medida que transcurre el tiempo, se reducen los medios de probar los hechos: ¿por cuánto tiempo conserva alguien recibos y otros documentos? Entonces más cómodo y expedito que buscar papeles o declarantes, resulta alegar la prescripción. De ahí "una probabilidad de pago; presunción de pago en la prescripción liberatoria, particularmente importante en las deudas periódicas": Malaurie et Aynes, op. Cit., No 1080, p. 623, y cfr. ID., op. Cit., no. 1083, p. 625, n. 8. 181, p. 459, "esta institución es, ante todo, un medio de prueba del cumplimiento de las obligaciones: de ahí que la definamos como una carta de pago" I. Panza, op. Cit., p. 158 habla de "exaltación de la prescripción como medio de prueba simplificador".

⁷ Así, Santoro-Passarelli, op. Cit., 113; Sachettini, *Le prescrizioni*, Milano, 1991, p. 3.

⁸ Lange, op. Cit., p. 109.

⁹ B. Rüthers, *Allgemeiner Teil des BGB [parte general del Código civil]*, 2. Auf., München, 1978, p. 52; H.-M. Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB [parte general del Código civil]*, Band 1, Tübingen, 1972, p. 163 s. Con énfasis en que "La finalidad de la prescripción en la salvaguarda de la paz jurídica": E. Ksoll, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts [parte general del derecho civil]*, Band 1, 4. Auf., Düsseldorf, 1985, p. 285.

¹⁰ Planiol, Ripert, Esmein, op. Cit., VIII 1325, p. 654.

¹¹ Valencia Zea, op. Cit., p. 460.

¹² "Es de presumir que se le debe [al acreedor] no le interesa, y entonces, su derecho pierde la razón de ser": Ospina-Fernandez, op. Cit., p. 616.

(poena negligente)^{13 14}.

El hecho es que dentro de la cultura jurídica la figura de la prescripción extintiva o libertatoria encuentra justificación plena por un conjunto de razones, sin que importe en qué orden se les presenta, que ponen de manifiesto -en especial en el ámbito de las obligaciones- la transitoriedad de algunos derechos (los de la colaboración ajena) y de las prestaciones, el apremio de definir las situaciones pendientes a la mayor brevedad posible, la carga que pesa sobre los distintos miembros sociales de hacer valer sus derechos con presteza, facilitar la prueba del pago y, en últimas, el anhelo de alcanzar certeza en las relaciones.

OBJETIVOS DE LA PRESCRIPCIONn

El derecho subjetivo está protegido jurídicamente por el Estado, tutela que se manifiesta en el poder con que cuenta su titular de demandar el apoyo de aquél con miras a su incolumidad o su restablecimiento, esto es, de deducir una pretensión¹⁵. Planteamiento que hace ver el ejercicio eficaz de ésta se encuentra subordinado a la necesidad cierta de dicha colaboración y a la

¹³ Bähr/Hoffmann, op. Cit., p. 31. Cas. 2 noviembre 1927, XXV, 57.

¹⁴ Cfr. bigliazzi-Geri y otros, op. Cit., 1. I, 75, p. 489 ss; G. Panza, Contributo allo studio della prescrizione, Napoli, 1984, p. 3.

¹⁵ Lange, op. Cit., 16 p. 105.

encuentra subordinado a la necesidad cierta de dicha colaboración y a la vigencia de la pretensión. Según se anotó (supra 2), la prescripción, como fenómeno con virtualidad extintiva, aparece solo en el derecho postclásico, bajo la forma de instrumento de paralización de los efectos (¿virulencia?) de la acción ejercitada, es decir, como una exceptio¹⁶, cuyos efectos al ser acogida, dentro de la proyección de la cosa juzgada concretado el análisis al ámbito de las relaciones crediticias, no eran otros que los de impedir la prosperidad de un nuevo cobro por parte del acreedor.

La doctrina tradicional solió ver en la prescripción extintiva un fenómeno de índole netamente procesal¹⁷, una mera preclusión de oportunidad, cuya declaración con efectos extintivos de la acción, simplemente producía consecuencias sustanciales reflejas¹⁸, postura que ha tenido a prevalecer por los antecedentes históricos anotados¹⁹. Sin embargo, se sabe de posiciones “

¹⁶ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten Recht*, 8e. Auf., Frankfurt a. m., 1900, I. 48 [trad. Esp. F. Hinestrosa, *Tratado de derecho civil alemán*, t. I, vol. I, Bogotá, 1987, 48], p. 179 ss. Sobre el sentido procesal y sustancial de la “excepción”, como “derecho a tener razón o derecho potestativo a la sentencia favorable”: G. Chiovenda, *Principi di diritto procesuale civile*, p. 308, cit. Por Panza, op. Cit., 178. Y éste, *ibí* y p. ss.,

¹⁷ Sin embargo, J. Domat, en *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, paris, 1777, t. 1. P. 301: “Las mismas razones que hacen que por larga posesión se adquieren la propiedad [...], hace que los derechos de toda clase pierdan por efecto del tiempo. Así es el acreedor que dejó de demandar lo que se le debía durante el tiempo señalado ambio,” R.J. Pothier, *Tratado de las obligaciones*, trad. S.M.S., Madrid, s.d., t. II, 876, a propósito de ‘los fines de no recibir’ y en especial, de la prescripción, dice que no extinguen el crédito, pero lo hacen ineficaz”.

¹⁸ Cfr. Brandrac, op. Cit., p. 11.

¹⁹ Cfr. Brandrac, op. Cit., p. 40 ss. “El acreedor que deja pasar un cierto término sin obrar, pierde su acción.

sustanciales puras"²⁰, hoy del todo abandonadas, para las cuales la prescripción tiene un efecto extintivo "sustancial y absoluto", que se producirá de pleno derecho, al punto de que, no obstante la prohibición al juez de declararla de oficio, su pronunciamiento sería un simple reconocimiento del efecto ya producido, del que el interesado pueda abdicar; y posiciones "sustancialistas atenuadas"²¹, que resaltan la exigencia de alegación y, fundamentalmente, que la prescripción demanda un proceso y una decisión judicial emitida en él a propósito; e incluso "posturas dualistas", con dos vertientes, una que se asienta sobre la distinción entre débito y responsabilidad, y otra que subraya la supervivencia de una "obligación natural"²². Y aun se sigue debatiendo acerca del objeto de la prescripción, dicho en otro términos, si lo que ella extingue o mata es la acción o el derecho subjetivo²³. Hay que preguntarse: ¿qué es lo que se extingue por la prescripción: el derecho a exigir una prestación (pretensión) o el derecho mismo a ésta?²⁴.

²⁰ Cfr. Brandrac, op. Cit., p. 22 ss., quien cita a Troplong y Laurent.

²¹ Brandrac, op. Cit., p. 30 ss., con mención de Mourlon, Baurdy-Lacantineire-Tissier y Raynaud.

²² Brandrac, op. Cit., p. 33 ss., con cita de H.L.J. Mazeaud, Chabas; Carbonnier; Marty et Raynaud.

²³ "La prescripción no extingue el crédito mismo como relación sustancial sino solamente la acción que rige su actuación": Barbero, op. Cit., cap. V, sec. II, p. 177 ss.

²⁴ En el derecho alemán hay un pronunciamiento normativo: el 194 (ver infra en el texto) prevé la extinción del "derecho a exigir (pretensión)", y la doctrina estudia el fenómeno dentro del capítulo de "pretensiones y excepciones". Así, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl., München, 1975, 14, p. 203, al tratar de la "prescripción de las pretensiones", sostiene que la prescripción opera básicamente para todas las pretensiones y solo para las pretensiones".

La prescripción liberatoria del deudor extingue la acción. La prescripción liberatoria del deudor no solamente extingue la acción"²⁵.

En efecto, no se remite a duda que la declaración de prescripción implica inmediatamente la extinción de la pretensión correspondiente al derecho en cuestión. A lo que se agrega, que no se trata apenas de privar al derecho de tutela (prescindir de la responsabilidad ajena -o mejor inherente- al débito, para la plenitud del concepto de obligación), sino, más que el de compromiso del derecho, su extinción misma. O sea que, más allá de la imposibilidad de hacer efectivo el derecho prescrito (incluso por razón de la cosa juzgada), lo que se tiene es la desaparición el derecho²⁶.

El Code Civil Francais (art. 2219 cit) se refiere a la prescripción extintiva como "medio de liberarse", y la doctrina habla al respecto de "prescripción liberatoria"²⁷. El BG prevé: 194. -La pretensión como objeto de la prescripción. El derecho de exigir a otro un hacer o un no hacer, o sea la pretensión [anspruch] se extingue por prescripción es un modo de adquirir las

²⁵ Tal la presentación directa de una solución por parte de Brandrac, op. Cit., p. 53 ss.

²⁶ De ahí u efecto "liberatorio": no por casualidad el art. 1625 C.C. preceptúa que " Las obligaciones se extinguen [...]: 10) por la prescripción", sobre la "aplicación de la prescripción liberatoria del deudor a su oble objeto", v. Bandrac, op. Cit., p. 63 ss. Según A. Pérez Vives, teoría general de las obligaciones, 2a.

²⁷ Demolombe, Cours de Code Napoléon, éd. 1870; Aubrey et Rau, Cours de Droit Civil Francais, 5e., éd., 1897-1922, XII, 771.

cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y o haberse ejercido de dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.— se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”; art. 2535: “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”; art. 1321: “El derecho de petición de herencia expira [...]”; art. 1625: “Las obligaciones se extinguen [...] 10) por prescripción”. Ello sin perjuicio e que en numerosas oportunidades dicho código, como también lo hace el de comercio, hable de que la “acción prescribe”: p. ej. art. 1274 C.C. El Codice Civile italiano prevé al respecto: “Art. 1934. Extinción de los derechos. Todo derecho se extingue por prescripción, cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley”²⁸. En fin, el Code Civil de Quebec comienza por repetir el art. 2219 del francés, para luego, al reglar específicamente la “prescripción extintiva”, señalar que: “Art. 2921. La prescripción extintiva es un medio de extinguir un derecho por su no uso[...]”.

Lo anterior permite concluir, desde el punto de vista de la normatividad formal, que si bien el objeto inmediato de la prescripción es la pretensión o acción, es

²⁸ Acogió la teoría de la extinción del derecho, a más de haber separado la usucapión de la prescripción: Cfr. Sntoro-Passarelli, op. Cit., p. 115 s. L. Bigliazzi-geri, U. Breccia, F. D. Busnel, U. Bnatoli, Diritto civile, I.1, Norme, saggetti, relazione giuridica, Torino, 1987 [trad. Esp. F. Hinestrosa, Bogotá, 1992, reimp. 1995], 75, p. 487.

decir, el poder exigir eficazmente un derecho de crédito, bien sea por medio de la acción de ejecución forzosa (in natura o en su equivalente pecuniario), o, eventualmente obtener la declaración de su existencia y exigibilidad, dada la falta de título o su enervación, en últimas el objeto de la prescripción, o en otras palabras, lo que ella extingue es el derecho subjetivo mismo.²⁹

Concretamente, el ordenamiento nacional no redujo el alcance de la prescripción extintiva a las acciones, sino que lo proyecto sobre "las acciones o derechos ajenos", repetidamente, como ya se indicó, en los arts. 2512 y 2535. Lo cual muestra, además, una visión global acertada, como se desprende de la observación de que en oportunidades lo que es objeto de prescripción y se extingue directamente en razón de ella, es la acción o pretensión, como en los casos de las acciones de nulidad (absoluta o relativa o anulabilidad) (art. 1742 y 1743 C.C. y 900 C de Co), o de reforma de testamento (art. 1274 C.C.) o de petición de herencia (art. 1326 C.C.).

Por lo demás, aquí se entraría en el terreno de que es lo que, en materia de obligaciones, se sigue, una vez declarada judicialmente la prescripción, esto es, al acogerse la excepción o pronunciarse la sentencia declarativa

²⁹ "Ha de advertirse que se trata de un problema más teórico que práctico, dado que la prescripción extingue el derecho subjetivo, más consiguientemente la acción, sea que esta se considere un elemento o una dimensión particular del propio derecho subjetivo, sea que, por el contrario, se la considere un derecho autónomo, así sea vinculado siempre al derecho subjetivo. Por este aspecto puede ser indiferente hablar de prescripción de la acción en vez de del derecho".

solicitada a propósito (v. infra 5). ¿Qué sentido darle al art. 1527 2a C.C., que previene que son obligaciones menguadas, o simplemente una justificación de la atribución patrimonial (cumplimiento-pago) que el exdeudor haga en favor del exacreedor?. Y según la dirección que se acoja, ¿podría llegarse a sostener que, extinguida la pretensión, el derecho simplemente queda en estado de hibernación indefinida, a la espera de que algún día el peso del pundonor impulse al antiguo saldar su "obligación natural" o deber moral?. En mi opinión, el empeño de mantener la expresión "obligación" para designar algo que no es tal, pues carece por completo de la coercibilidad que identifica la figura, es del todo consiente. Una vez consolidada (declarada) la prescripción no hay más derecho e crédito; lo que ocurre es simplemente que el ordenamiento, permeado por consideraciones ético-sentimentales, contempla la eventualidad de un pago no debido, al que priva de las consecuencias ajenas al pago de lo no debido, o dicho en otros términos, autoriza una atribución patrimonial que no tiene causa en el cumplimiento de obligación. Cumplido el término de prescripción de las acciones crediticias, el deudor puede omitir la invocación de tal fenómeno extintivo y, hacer presente su orientación pagándolo. Dicho pago no sería "de lo no debido", tampoco el de una obligación prescrita, pues para la "consumación" de la prescripción faltarían su alegación y el pronunciamiento judicial: la deuda prescrita constituye una causa obligandi válida. En firme aquél, el deudor podrá novar

(art. 1689 C.C.), como también pagar, casos en los cuales, en su orden, el crédito prescrito servía de causa obligandi o de causa solvendi (iuxta causa solvendi).

¿Se extingue la pretensión, se extingue el derecho, o se extingue la relación jurídica? Lo incuestionable es que al cumplirse el término de prescripción el destinatario de la pretensión adquiere, por así decirlo, la prerrogativa de negarse a aceptar la pretensión: el deudor puede negarse a ejecutar la prestación, como también puede hacer caso omiso de la ventaja que para él implica la prescripción. Es pues, evidente que esta figura tiene por función amparar y favorecer, en razón de determinadas circunstancias, el interés del sujeto pasivo de la relación jurídica.

FUNCIONAMIENTO DE LA PRESCRIPCION

La prescripción extintiva, tómesela como sanción o considéresela una simple medida de seguridad jurídica, tiene por fundamentos, valga repetirlo (supra 1), la inercia del titular, que no tiene que ser deliberada, como tampoco culposa, sumada a la ausencia de reconocimiento del derecho de él por parte del prescribente, durante un período determinado y según se recordó (2), y es bien sabido, la prescripción extintiva históricamente comenzó a operar sobre

la base de la introducción tempestiva de la excepción correspondiente por parte del demandado a la demanda propuesta en su contra, y así se ha mantenido su funcionamiento a lo largo de las sucesivas generaciones normativas. En otras palabras, el ordenamiento previene que el afecto extintivo de la prescripción se produce "solo mediante el mecanismo de la alegación de la excepción o de la acción. De esa manera, el titular del derecho prescrito, bien puede ejercitarlo, solo que expuesto a que la contraparte procesal le replique con la excepción de prescripción, para lo cual dispone de término perentori, a cuyo vencimiento in que ésta se haya aducido, el derecho en cuestión se consolida.

Esto significa, en primer término, que desde un principio e inalteradamente, se ha considerado que la liberación de obligación o, más ampliamente, del sometimiento eventual a una modificación del statu quo (v. gr. reforma de testamento, 1274 C.C.) o a una restitución (p. ej. petición de herencia, art. 1321 C.C.), que tal es el resultado de la prescripción extintiva, constituye una ventaja-enriquecimiento- par su beneficiario, quien es dueño de incorporarla o no a su haber mediante un acto de adición, lo que, sin más, se considera un derecho potestativo suyo, y así se le trata. De ahí que, al margen de la discusión en torno de si ese fenómeno extintivo se configura con el mero transcurso del lapso prevenido por la ley, o solo una vez que el interesado lo

hace valer mediante alegación oportuna a propósito, el hecho es que la eficacia de la prescripción presupone y exige aducción tempestiva de parte legalmente calificada. Legitimado es, ante todo, el prescribente, es decir, la persona sujeto de la relación jurídica en cuestión en cuyo beneficio directo o inmediato estableció la ley ese resultado; pero, adicionalmente, sobre todo en materia crediticia, están aquellas otras personas a quienes aprovecha la extinción del derecho opuesto o, dicho a la inversa, a quienes perjudica su perduración, como son el fiador y el titular del derecho de dominio sobre el bien gravado con prenda o hipoteca, así no haya sido el constituyente de la garantía.

A este respecto cabe anotar que, por haber sido considerada tradicionalmente la prescripción una paralización y, en últimas una extinción de la acción, el trámite correspondiente ha sido y continua siendo el del resorte de los códigos de procedimiento civil, en razón de lo cual es del caso señalar las variaciones que acá se le han introducido.

Conforme a la ley 105 de 1931, Código judicial, que rigió por espacio de treinta años, en los procesos de conocimiento, cuando los hechos constitutivos de una de las llamadas excepciones perentorias (hoy llamadas mérito), se encontraban "justificados", el juez debía reconocerla sinmas en la

sentencia, así no se hubiera propuesto ni alegado dicha excepción, "salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse" (art. 343), con las anotaciones de que dichas podían aducirse en cualquier tiempo antes de la citación para sentencia (art. 341), y que de la jurisprudencia extendió la exigencia de alegación a la excepción de compensación. Según el mismo estatuto, en los procesos ejecutivos había término perentorio para proponerla: " desde la notificación el mandamiento ejecutivo, hasta que se ejecutorie el auto de citación para sentencia de pregón y remate.

De acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (Dto 1400 fde 1970, vigente desde julio de 1971), La contestación de la demanda contendrá [...] la proposición de todas las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante, salvo las previas [...]" (art. 92); [El determinado [...], dentro del traslado de la demanda podrá proponer [...] como previas las excepciones de [...] como previas las excepciones de [...] prescripción y caducidad" (art. 97); "Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficialmente en la sentencia, salvo las prescripciones, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda" (art. 306); y [dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado podrá proponer en un solo escrito todas las excepciones que tuvieran.

El decreto 2282 de 1989, modificado de dicho Código, alteró el art. 97 (art. 1º, num 46) en el sentido de eliminar la excepción de prescripción del elenco de aquellas que optativamente se pueden proponer como previas, al paso que, en los demás aspectos, mantuvo la regulación en curso.

Me parece que la restricción de la oportunidad de oponer la excepción en los procesos de conocimiento al término de la demanda, no se justifica; en mi opinión, se ha venido incurriendo en excesos de formalismo, preclusiones, rigideces y encasillamientos, so pretexto de simplificación del procedimiento, que terminan por sacrificar el derecho sustancial y la justicia en el altar del "debido proceso", a veces convertido en argucia. Tampoco estoy de acuerdo con la eliminación de la posibilidad de oponer la excepción de prescripción con oportunidad de las excepciones previas, para que se le dé ese trámite. Dicha puerta, que abrió el Código de 1970, aceleraba las decisiones evitando trámites inútiles. Y frente a la objeción de la no recurribilidad en casación de la decisión estimatoria, la solución sencilla habría sido la de exigir para ello sentencia y darle cabida directa a aquel recurso.

Otro aspecto de la cuestión es el determinar si la prescripción solo puede ser objeto de excepción, es decir, si para su liberación el deudor (y por extensión el correspondiente interesado) tiene que esperar a que el acreedor o titular del derecho en general, lo demande, o si puede anticipársele o, dicho en términos más directos, si existe la acción declarativa de prescripción extintiva. La duda pudo tener cabida, bajo el imperio de una visión angosta del ordenamiento y del derecho en general, hasta cuando la ley 120 de 1928 legitimó expresamente a "los acreedores y cualquiera otra persona que tengan interés en hacer valer la prescripción", para utilizarla (acción directa, sustitución del titular en interés propio), a pesar de la renuncia expresa a tácita del deudor o propietario. Hoy, es incuestionable el derecho de todo interesado de convocar a juicio a quien, por ser titular del derecho correspondiente, podría hacerlo valer mediante la acción ejecutiva o de conocimiento, a fin de que se declare la extinción (pérdida) de tal derecho por haber transcurrido el tiempo de su vigor legal sin que hubiera sido válidamente ejercido por él, ni reconocido por su contendor. La vía apropiada no es otra que la del proceso ordinario, por asignación residual, dado que no le está expresamente señalado uno especial (art. 396 C. de P.C.).

Ahora bien, siendo evidente que el sujeto a cuyo cargo está la prestación correspondiente a la pretensión en juego, es el primero llamado a invocar la prescripción, como excepción frente a la demanda del sujeto activo de la misma, o eventualmente, como acción para alcanzar su liberación en forma inmediata, sin tener que esperar a demanda alguna, y que otros interesados pueden sustituirlo en el ejercicio de ese derecho, obrando en razón de su interés propio, es oportuno subrayar la legitimación de algunos sujetos que se encuentran en posiciones singulares, como es el caso del garante, real o personal, del crédito prescrito, quien iure proprio, puede erguirse frente a la pretensión ejecutiva del acreedor. También cabe pensar aquí en el vendedor, eventual garante en la acción de saneamiento, frente a la acción reivindicatoria de un tercero, cuando ha sido llamado en garantía, y en el subadquirente de bien reivindicado, en acción consecuencial de nulidad o anulación ya prescrita. No faltan quienes agregan al elenco de sujetos legitimados para alegar la prescripción al propio acreedor, interesado en evitar la mora credendi.

SUSPENSION

El término de prescripción se puede afectar y, en últimas prolongar por la ocurrencia de cualquiera de dos fenómenos: la suspensión y la interrupción. De nuevo: la suspensión es una figura tutelar de las personas que se encuentran en determinadas circunstancias especiales, que mueven a tratarlas con especial miramiento o consideración, no en razón de su calidad individual, sino de las circunstancias, y por ello, no puede tener efectos más allá de la duración de éstas, como tampoco puede prolongarse indefinidamente, de manera de llegar contradecir y aun eliminar la función social de la prescripción: "garantía de la certeza del derecho, pero vinculada al interés del deudor", lo que explica y justifica la presencia del tope del término máximo de prescripción, que viene del derecho justiniano: "Transcurridos treinta años (hoy, 20, art. 1º ley 50 de 1936), "no se tomarán en cuenta las suspensiones" (del art. 2530)": art. 2541, inc. Segundo. La prescripción corre siempre y respecto de toda persona, es la regla general, con la salvedad de las excepciones precisamente establecidas por la ley (art. 2251 Code Civil Francais).

A propósito de la suspensión se han de resolver dos cuestiones: una, en qué consiste y cómo opera; otra, a favor de quienes opera, o mejor, en razón de qué circunstancias.

En lo que hace al primer aspecto, suspensión quiere decir que el tiempo no se cuenta, se detiene o transcurre en vano, y por lo mismo, cuando se presenta desde un comienzo, o sea cuando la causa de suspensión está vigente ya en el momento de la exigibilidad de la obligación, ello implica que la iniciación de la cuenta se aplaza hasta cuando dicha causa desaparece; y cuando se presenta posteriormente, ello se traduce en un descuento del tiempo transcurrido mientras dicha causa permanece, y en que, cesando ésta, la cuenta se reanuda sobre el tiempo eficaz anterior (art. 2530 C.C.); en uno y otro evento como ya se dijo hasta cuando se completa el tiempo máximo de prescripción, contado desde cuando la obligación se hizo exigible (arts. 1535 y 2542 C.C.).

También, siguiendo la tradición romano-bizantina, la suspensión no es un fenómeno que tenga cabida en toda clase de prescripciones, sino en las "ordinarias" o "largas". Para el caso colombiano, no se aplica a

las llamadas "prescripciones de corto tiempo", solo que, cual se verá adelante, esa salvedad resulta insignificante, por la marginalidad de dichas prescripciones (arts. 2544 inc. C.C. y 2278 C.C. Français).

¿En razón de qué circunstancias tiene lugar la suspensión? Se habla de circunstancias unilaterales, relativas singularmente al titular del derecho, como es el caso de la incapacidad suya, y de circunstancias bilaterales, atinentes a la relación de los dos sujetos envueltos en la relación jurídica, como es el caso de los cónyuges y de administradores y titular del patrimonio administrado. No sobra repetir que, si bien el fenómeno de la suspensión responde, dentro de la particularidad, a circunstancias generales que pudieran calificarse de objetivas, su origen es de ley y su carácter es excepcional, lo que hace resaltar la exigencia de mención expresa en ella, o mejor, de su erección por ella. Con todo, ¿querrá esto decir que no caben analogías, ni ampliaciones o creaciones pretorianas?

INTERRUPCION

El decurso del término de la prescripción puede verse afectado por el advenimiento de un hecho incompatible con la causa y la función de la prescripción; en tal circunstancia el tiempo corrido se borra, o sea que la interrupción tiene efecto retroactivo³⁰ a diferencia de la suspensión, que, dejando intacto el período corrido, solo opera hacia el futuro. La interrupción implica el cómputo de un nuevo término de prescripción³¹ la interrupción puede ser consecuencia de una actuación, tanto del titular del derecho, como del prescribiente, aquél mediante el ejercicio calificado de sus prerrogativas, éste por medio de su reconocimiento del derecho ajeno. Si se dice que la prescripción consiste en la extinción de la pretensión o del derecho, o de ambos, por la inercia (abandono) del interesado, a secas, o con el agregado de: sin que el contendor lo haya reconocido, es manifiesto que no puede pensarse

³⁰ H., L. Et. J. Mazeaud, F. Chabas. N° 1177. p. 1214.

³¹ RÜTHERS. N° 106. P. 53

en prescripción-sanción- en contra del sujeto que se hace presente con el acto formal de la demanda judicial como ejercicio de su pretensión, o a pesar de que el deudor, mediante declaración o conducta concluyente, haya reconocido el derecho de aquél. La conclusión negativa es bien sencilla; para el primer evento: ¿cómo aplicar los efectos de la inercia a quien, por el contrario, demuestra la actividad pertinente?³², y para el segundo: no se le puede exigir demanda al acreedor cuyo deudor está sirviendo la obligación o procede a servirla, o simplemente, la reconoce, y menos es dable sancionarlo por haber omitido un acto innecesario o, más aún, que sería inútil y desleal.

Teniendo en cuenta las dos clases de circunstancias mencionadas, la interrupción de la prescripción extintiva se ha sólido clasificar en civil y natural (art. 2539 C.C.): aquélla, la que deriva de demanda judicial por parte del sujeto legitimado para el ejercicio del derecho correspondiente (art. 2539 C.C.); ésta, la que se origina en un reconocimiento del mismo derecho por parte del contendor.

³² El primario para evitar la pérdida del derecho por la inercia de su titular es precisamente el ejercicio del derecho. Sacchetti. p.4.

A propósito de la interrupción civil, es indispensable poner de relieve que "resulta de actos formales taxativamente enumerados por la ley"⁵, que entre nosotros son, como regla general, la demanda (ante la jurisdicción ordinaria y, en caso de cláusula compromisoria, la convocatoria, del tribunal de arbitramento), y en las prescripciones de corto tiempo de los arts. 2542 y 2543 C.C., también el requerimiento. Valga, entonces, mencionar a tal propósito el hecho de que el Código de Procedimiento Civil (Dto. 1400 de 1970), en sus arts. 90 y 91, subrogó el art. 2524 del C.C. Dentro del régimen de éste, siendo evidente que la prescripción se interrumpía por "recurso judicial", siempre que la demanda se hubiera notificado "en forma legal" y que no hubiera habido desistimiento de la demanda ni perención, se advertía, la ausencia de otros fenómenos procesales que hacían ineficaz aquel recurso y la consiguiente interrupción provisional (nulidad del proceso que abarcara notificación, sentencia inhibitoria y sentencia desestimatoria), a más de la perplejidad y la consiguiente controversia acerca del momento mismo en que se producía la interrupción: si con la presentación de la demanda o solo con la notificación. Así, los preceptos nuevos regularon, en su orden, la interrupción de la prescripción y la ineficacia eventual de la

interrupción, del siguiente modo: aquélla se produce con la presentación de la demanda (que bien puede estar dirigida a la jurisdicción ordinaria o a la arbitral, en este caso, en virtud de una cláusula compromisoria), siempre que el demandante provea, dentro de los cinco días siguientes a la admisión, lo necesario para notificarla al demandado, y que, en caso de no poderse practicar la notificación dentro de los diez días siguientes, adelante las diligencias para que se practique con curador ad litem (art. 318 a 320 C.P.C.) dentro de los dos meses siguientes; y deviene ineficaz en los eventos del demandado, sentencia inhibitoria y nulidad que comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.

CLASES DE PRESCRIPCION EXTINTIVA

Ligada la prescripción estrechamente desde su origen a la acción, la prescripción extintiva se ha sólido clasificar con relación a las acciones: la ordinaria (de conocimiento) y la ejecutiva, con términos diferentes y funcionamiento autónomo. Para la acción ejecutiva el acreedor dispone de diez años, que se cuentan desde la exigibilidad del crédito; en tanto que para la acción ordinaria³³ cuenta con veinte años a partir del momento en que se sucedieron los hechos que le dieron origen o, más precisamente, de cuando surgió para él el interés o necesidad de proponerla.

La prescripción de la acción ejecutiva no trae consigo la extinción del derecho, como quiera que, pese a haberse cumplido el término de ella y a la efectividad de su alegación, el acreedor conserva una pretensión que, en fuerza de su función, bien podría denominarse de

³³ Art. 2939 in fine. C.C. Italiano. BIGLIAZZI-GERI y otros. p. 502.

restauración o revalidación, mediante la cual él obtiene un pronunciamiento jurisdiccional declarativo (vigencia del crédito) y, eventualmente, también de condena (al cumplimiento de la prestación correspondiente), a partir de cuya exigibilidad se cuenta otra vez el término de la prescripción ejecutiva. De donde se sigue, en presentación sencilla del tema, que si el crédito reúne los requisitos propios de la acción ejecutiva (título documental de obligación expresa, clara y exigible: art. 488 C. de P.C), el acreedor dispone de diez años para intentarla; y que si no tiene título ejecutivo, sea porque no se ha definido aún la relación jurídica o su contenido, o porque, habiéndolo tenido, lo perdió al haber dejado transcurrir en blanco (sin ejercicio de la acción, ni reconocimiento del deudor), el acreedor puede en el primer caso, promover dentro del término de veinte años, la acción de conocimiento que corresponda, en busca de una sentencia de condena, y en la segunda hipótesis, revalidar su título, mediante acción ordinaria (declarativa), para la cual cuenta con otros diez años.

A la vera de estas prescripciones generales se encuentran otras dos figuras de "prescripción de corto tiempo", a saber: la de numerosos

términos específicos de prescripción que abundan diseminados en los distintos códigos, que el Código Civil teúne en su art. 2545, al prevenir que: "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos"; éstas difieren de las comunes en la reducción de su término y en la confluencia en él de las dos acciones: la ejecutiva y la ordinaria; y las específicas de los arts. 2542 (de tres años) y 2543 (de dos años), cuyo tratamiento singular regula el art. 2544.

Abundan las hipótesis de verdaderas prescripciones (fenómeno distinto de la "caducidad") de corto tiempo (o más bien, de término reducido, para evitar su confusión con las de los arts. 2542 y 2543 C.C.), especialmente en el Código de Comercio, dentro de la tendencia moderna a reducir los términos de prescripción; por vía de ejemplo: de las acciones entre socios, de liquidadores contra aquéllos y en general contra los liquidadores (5 años, art. 256); de la acción cambiaria de cheque (6 meses, art. 730), de la de cheque de viajero (10 años, art. 751), de la acción cambiaria de regreso (6 meses, art. 791), de las acciones alternativas de resolución o rebaja del precio por

vicios ocultos de la cosa vendida (6 meses, art. 934, 937 y 938), de las acciones provenientes del contrato de transporte (2 años, art. 993), de las acciones derivadas del contrato de seguro (2 años la "ordinaria" y 5 la "extraordinaria", art. 1082), de las que emanan de la agencia comercial (5 años, art. 1329).

En ellas se tiene, desarrollando lo ya enunciado, que en aras de la celeridad del tráfico jurídico y en atención a la naturaleza y la función de la figura, la ley redujo el término y lo liberó del fenómeno de la suspensión (art. 2545 in fine), a más de que lo unificó, en el sentido de que es el mismo para la acción ordinaria que para la acción ejecutiva, y que, caso de disponer al acreedor del título ejecutivo, al transcurrir en blanco el término específico, pierde el derecho y no solo la acción ejecutiva, o, en últimas, que no hay allí lugar a revalidación del título.

EFFECTOS

Los efectos de la prescripción, una vez más, son los de extinción de la pretensión y del derecho subjetivo mismo, que se producen en razón del pronunciamiento judicial obtenido en proceso intentado por el

interesado con esa finalidad, o lo que es lo usual, de la sentencia judicial que acoge la correspondiente excepción opuesta por el demandado. Es decir, la prescripción es un fenómeno con eficacia preclusiva y liberatoria, que exige sentencia judicial, a consecuencia de la excepción propuesta por el demandado o, eventualmente, de la acción entablada al efecto. El juez, entonces, se limita a analizar si en el proceso están presentes los elementos que integran el *factum* respectivo, sin tener que entrar a examinar la solidez de la pretensión misma³⁴, y menos analizar prueba distinta del recorrido o cumplimiento pleno del respectivo término. A lo que se agrega la anotación de que, pudiendo surgir de una misma fuente (contrato o daño), varios derechos y acciones, la prescripción de cada cual es independiente, en su iniciación, régimen y vicisitudes; así, por ejemplo, son independientes las prescripciones del pacto comisorio y de la acción resolutoria ordinaria, la de reducción o aumento del precio de inmueble vendido por cabida, de la rescisoria por lesión, la esgrimible

³⁴ Aunque, en cierta medida podría decirse que la presupone; "la prescripción excluye la prescripción excluye la relevancia 'formal' de la relación": GRASSO. p. 68.

contra el directo autor del daño y la indirecta contra su guardia.³⁵ Ahora bien, esos efectos extintivos se retrodatan al momento en que se cumplió el término respectivo. O sea que no se remiten a la iniciación del cómputo³⁶, como tampoco se retrasan hasta la alegación de la prescripción y menos se posponen hasta su declaración judicial. Por lo demás, la retrospectiva de la prescripción al momento en que se cumplió la cuenta, es algo que se impone por lógica elemental.³⁷ Baste pensar en el caso de la compensación; opuesta la compensación de un crédito prescrito, al acreedor "deudor" de él puede oponer la excepción de prescripción y con ella impedir el efecto compenstario³⁸.

³⁵ V. Cas. 7 abril 1913, XXIII, 344; 23 junio 1921, XXVIII, 358.

³⁶ Distinguiendo entre la prescripción adquisitiva y la extintiva, Azzariti e Scarpello. p.219. rechazan la teoría que "postula la eficacia retroactiva de la prescripción, en el sentido de que el derecho prescrito no dejaría de existir solamente con el cumplimiento de la prescripción, sino que debería considerarse extinguido desde el momento mismo en que se inició el decurso del término", resaltando que la consolidación del derecho impugnabilidad, y agrego, que entonces, como en todos los casos de "pendencia", el derecho existe, solo que en tal estado, de suyo precario.

³⁷ "Una vez que la prescripción es alegada, opera desde el momento en que se cumplió el término, por lo mismo que el derecho golpeado por la prescripción se extingue en esa fecha": Azzariti e Scarpello. p. 239.

³⁸ Así el art. 1242. Inc. 1. Codice Civile.

De más está indicar que al extinguirse la obligación por la declaración judicial de la prescripción, se extinguen automáticamente todos sus accesorios, productos, acrecimientos; así, las acciones reales inherentes a las garantías prendarias o hipotecarias en curso (art. 2537 C.C.), e íntegras las garantías, personales y reales constituidas para asegurar su cumplimiento (arts. 2406 y 2457 C.C.).

Los efectos de la prescripción no solo aprovechan a quien la opone y obtiene su reconocimiento jurisdiccional, sino a todos aquellos que tienen directa o indirectamente interés en la extinción del derecho respectivo.

TERMINOS

Se dice que la vigencia de las pretensiones jurídicas está doblemente sometida al tiempo o que está cronológicamente restringida por los dos extremos: en su inicio, por la exigibilidad, y en su final, por la prescripción. Numerosos son los términos de prescripción, siendo el de veinte años como ya se vio la regla general, y abundante, sobre todo en materia comercial, la gama de términos especiales.

Habiéndose ya examinado el punto de la iniciación de la cuenta cronológica, acá se hacen algunas reflexiones de orden general sobre la materia.

De más está anotar que, en lo que respecta al término de prescripción, nuestro ordenamiento no hace diferencia alguna entre acción y excepción, es decir, que es un solo y el mismo el término de prescripción, sea que se piense en la acción, sea que se mire a la excepción. O, en otras palabras, que la excepción no sobrevive a la acción y se extingue simultáneamente con ella.³⁹

El término de prescripción comienza a contarse el mismo día en que ocurre el hecho constitutivo de su punto de partida (arg. a contrario sensu ex. art. 829 2ª C. de Co.) y va hasta la expiración del último período correspondiente (dies ad quem), con la anotación, fundada en lo previsto por el art. 829 3ª C. de Co., que si ese día es "feriado", o más propiamente, domingo o festivo, el término se prorrogará hasta el final del día hábil siguiente, y con la aclaración de que acá no cabe el

³⁹ Esto tiene que ver con la llamada "perpetuidad" de la nulidad en otros derechos como se ha indicado, según la regla *quae temporaria sunt ad agenda perpetua sunt ad excipiendum*; cf. Malaurie et Aynes. Nº 567. p. 312, y Santoro-Passarelli. p. 116.

recorte de la utilizabilidad del día hasta las seis de la tarde, que la misma norma proviene para los efectos de los "plazos", pensando en que el acreedor puede requerir privadamente al deudor en cualquier momento (art. 2544 2º C.C.) y que igualmente el deudor puede reconocer la deuda en toda oportunidad, uno y otro actos puede reconocer la deuda en toda oportunidad, uno y otro susceptibles de ejecutarse eficazmente hasta el último instante del término.⁴⁰

Es oportuno traer aquí a colación la máxima de buen sentido y equidad que regula el tránsito de legislación cuando se modifica el término de prescripción, contenida en el art. 2281 del Code Civil Francais, acogida por el legislador chileno e incorporada al ordenamiento nacional por el art. 41 de la ley 153 de 1887: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley hubiere empezado a regir".

⁴⁰ "El periodo de prescripción puede considerarse cumplido solamente cuando haya transcurrido el último día de dicho término; mejor aún: cuando haya expirado el último instante del día final" Messineo. p.88.

En fin, en esta materia es ineludible advertir que, particularmente en lo que hace a acciones contractuales, hoy con mayores probabilidades de ocurrencia por la inserción más honda de nuestro país en la economía mundial, pueden presentarse conflictos de leyes: ¿cuándo el contrato se celebra entre partes que son súbditos de distintos Estados o se celebra en un país y ha de ejecutarse en otro o en varios, qué ley ha de aplicarse, ante todo en cuestión de términos de prescripción, pero, por extensión, en los demás puntos del régimen: suspensión, interrupción, renuncia?. ¿La ley nacional de una de las partes, de cuál, la ley del lugar de ejecución de la prestación correspondiente, la ley indicada en el contrato? ¿Y qué decir, en otras cuestiones, p. Ej., en el campo de la responsabilidad por accidentes de tránsito (¿la ley del lugar donde ocurrió?) o del estado civil o de relaciones de familia, o de conflictos respecto de bienes raíces o muebles o derechos de propiedad intelectual o comercial?

El Código Civil contiene unas pocas reglas en lo que hace a "derecho internacional privado" (conflicto de leyes): los arts. 18 a 23, 1054 y 1084 a 1086, y el Código de Comercio agrega las normas de los arts. 869 y 1328. En fin, el Código de Procedimiento Civil fija en el art. 23

las reglas de "competencia por razón del territorio", entre las que sobresale aquella, según la cual (num. 5 in fine), "Para efectos judiciales la estipulación de domicilio contractual se tendrá por no escrita", a propósito de la cual es indispensable indagar si tiene alcances sobre los contratos internacionales.

Dejando de lado lo concerniente a estado civil y relaciones de familia, regulado con relativa claridad por el art. 19 C.C. y lo atañedor a bienes raíces, de que se ocupa el art. 20 ibíd., la atención se concentra aquí al campo de las obligaciones, partiendo del hecho de que el aislamiento en que ha vivido el país se refleja en una práctica ausencia de interés por estos problemas y de respuesta a ellos por parte de la doctrina, tanto la judicial, como la particular. Así, el derecho comparado, o mejor, el método comparativo, adquieren las mayores importancia y utilidad.

Siendo las fuentes fundamentales de las obligaciones el contrato (negocio jurídico) y el daño resarcible⁴¹, la pregunta en lo que respecta

⁴¹ K. Larenz; SCHULDRECHT (Derecho de obligaciones). Band, München. Berlin, 1964. p.1

alguno de los varios hechos), y en lo que hace el contrato, los interrogantes son varios: si está permitido a las partes sentar reglas generales sobre la ley aplicable a su disposición o, singularmente, en cuanto a la prescripción, y si en caso de ser negativa la respuesta, como también, en el evento de que no hayan pactado nada a esos propósitos, la ley aplicable es la del domicilio del deudor o la del cumplimiento de la respectiva obligación⁴².

En los procesos originados en daño causado en encuentro social ocasional, o como se suele decir, "por responsabilidad extracontractual" (arts. 23 C.P.C y 131 C.C.A), la tendencia actual lleva a privilegiar o, cuando menos a incluir, a prevención con el domicilio del autor, la competencia (foro y ley sustancial) en razón del lugar donde ocurrieron los hechos. Para la caducidad la pauta es que, si se refiere a los derechos materiales, la ley aplicable es la *lex causae*, pero que si atañe a facultades procesales, es la *lex fori*.

⁴² Cfr. Hondius. La tendencia del derecho continental (civil law), es la de que la ley aplicable es la que gobierna ordinariamente la respectiva relación jurídica (*lex causae*); en tanto que el common law ha optado por una solución procesal, la ley aplicable es la del juez (*lex fori*) aun cuando ahora, por el proceso de unificación europea, se orienta más por la actitud del civil law.

Ahora, pasando a la ejecución de los contratos y la responsabilidad por su incumplimiento, el rumbo internacional, luego de vacilaciones entre la ley del domicilio del deudor o la ley del contrato, es el de optar por esta última cuando la brevedad del término favorece al deudor y, en últimas, sin más por ella.⁴³ Lo cual, obviamente, presupone la autonomía de las partes para disponer que su contrato se rige por determinada ley⁴⁴, y por ende, que, para el caso colombiano, que la ley nacional no señale imperativamente la primacía de ésta⁴⁵.

⁴³ LOUSSOUARN et Bourel. Quienes mencionan cas. Francesa de 1950, como primer paso en pro de la ley del contrato, y cas. De 1960, como toma definitiva de posición en ese sentido. No. 383. p. 488.

⁴⁴ BIGLIAZZI-GERI y otros. Mencionan cas. Italiana de 1960, que declaró la aplicabilidad de la ley extranjera que regulaba de manera distinta la prescripción, pese a la prohibición del art. 2936 cit., por haberse remitido a ella las partes del contrato. p. 499.

⁴⁵ Como aparece ser la hipótesis del contrato de agencia comercial, art. 1328 C. de Co.

BIBLIOGRAFIA

- Código Civil Colombiano Compilado y Concordado.
LEGIS.
- Práctica Forense Civil Colombiano. MONRROY,
Gerardo.
- Diccionario Larousse Colombiano.