

Conferencia pronunciada por el profesor
Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS¹

Versión Taquigráfica

RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN (ley 17.711)

I.- **Introducción**

a) Reflexiones generales

Si nosotros recorremos la ley 17.711, que ha modificado el Código Civil, vamos a advertir que posiblemente una de las instituciones que más reformas ha sufrido, por lo menos en cuanto al número de normas retocadas, es la de la prescripción. En efecto; de las 188 modificaciones que se han introducido al Código, 20 están dedicadas a la prescripción, ya sea por la vía de modificación o sustitución de artículos, de derogación, o agregados que se han efectuado en algunas normas.

Veinte artículos sobre un total de apenas un centenar de normas que nuestro Código dedicaba a dicha institución, significan evidentemente reformas que, por lo menos cuantitativamente, son importantes y exigen un estudio de detalle para ver qué aspectos de la institución han sido renovados o modificados.

En un primer vistazo, pareciera que la inspiración que ha orientado a la Comisión Reformadora está de acuerdo con las corrientes modernas que tienden a la reducción de los plazos de prescripción, en procura de lograr más prontamente la estabilidad jurídica. Corrientes modernas, decimos, pero que ya habían en su momento recibido acogida en el propio Código, porque los plazos de prescripción, en la obra de Vélez, marcaban ya una tendencia a la reducción, con respecto a sus antecedentes inmediatos. Es decir que el legislador retoma el camino trazado por Vélez, para remozar y poner el Código al día, de acuerdo con el camino que han seguido otros códigos posteriores.

¹. Instituto de Derecho Civil, Córdoba, 30 de mayo de 1968

Decimos que ésta es la orientación general, pese a que en alguna norma aislada, como el artículo 4037, vinculado con la prescripción de las acciones de responsabilidad civil, se haya prolongado el plazo, que pasa de un año a dos. Esta excepción a la corriente general que inspira a la reforma, también está plenamente justificada, lo mismo que las otras modificaciones. Y es aceptable porque siempre se señaló en la doctrina nacional lo excesivamente reducido del mencionado plazo de prescripción.

b) Prescripción y caducidad

Aquí permítasenos una pequeña reflexión. Creemos que todo el sistema debe ser reformado con más amplitud en algún momento, legislando en general sobre la caducidad, pues si bien es cierto que el Código admite una cantidad de plazos que son realmente de caducidad, no les da ese nombre, sino que sigue denominándolos prescripción. Nuestra doctrina quizá no ha elaborado todavía, con la suficiente fijeza, la distinción entre una institución y otra, labor que es necesario se efectúe en un momento, y se refleje en una modificación del Código; labor que responde también a tendencias modernas en la legislación civil y que se marca especialmente, por ejemplo, en códigos como el recientísimo de Portugal, de 1967, donde se establece que en todo plazo, en el que no se disponga expresamente que hay una prescripción, nos encontramos frente a un plazo de caducidad que no va a verse alterado en su cómputo por ninguna circunstancia, como la suspensión o la interrupción.

Esta es mi opinión personal sobre la necesidad de efectuar dicha reelaboración, pero debemos admitir que el legislador, en este caso, ha obrado con prudencia, al no realizar esta reforma total, porque no existen, en nuestra doctrina, antecedentes suficientes, para la elaboración de esa reforma. Y si, como veremos luego, encontramos en la ley 17.711 una cantidad de pequeñas impropiedades técnicas, debidas a la falta de armonización entre los preceptos del Código y las reformas introducidas, podríamos

preguntarnos: ¿qué habría ocurrido si se hubiese pretendido dar un paso más largo, y legislar sobre caducidad?

Concluída esta breve introducción, vamos a analizar los distintos aspectos donde se introducen modificaciones.

II.- Oportunidad para hacer valer la prescripción

Nuestro Código, en el artículo 3962, siguiendo una línea de vieja data en la codificación, permitía que la prescripción pudiese ser hecha valer en cualquier etapa o instancia del juicio, antes de que hubiese sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, con sólo una limitación respecto a la prueba.

"Artículo 3962. La prescripción puede oponerse en cualquier instancia, y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en cosa juzgada; pero ante los Tribunales superiores no puede oponerse, si no resulta probada por instrumentos presentados, o testigos recibidos en primera instancia".

Las razones que se daban para admitir la prescripción fuese esgrimida en esas oportunidades, son por de más conocidas para que insistamos en ellas.

Sin embargo, el legislador cree ahora conveniente hacer desaparecer esa norma y ello se debe a que se piensa que puede fomentarse la mala fe del litigante, si se admite interponer la excepción de prescripción en otro momento que no sea la contestación de la demanda. Esta tendencia a limitar las posibilidades de interponer la prescripción se advirtió muy recientemente, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, donde al referirse a las costas, dispone en el artículo 76, que se impondrán costas al vencedor cuando prosperase la excepción de prescripción y ésta hubiere sido opuesta después de la contestación de la demanda; presumiendo que en ese caso el vencedor es culpable de la demora producida en el juicio y de los gastos procesales que

en él se hayan ocasionado.

Por la misma causa y siguiendo esa inspiración, se llega ahora más allá. Y la reforma al artículo 3962 del Código, dispone que "La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien in-tente oponerla".

Este segundo párrafo está plenamente justificado, por-que la prescripción puede ser opuesta por una otra persona dis-tinta que el deudor principal. Puede ser opuesta por el fiador, a pesar de que el deudor principal hubiese renunciado expresa o tácitamente. Pese al silencio u omisión del deudor puede ser interpuesta por otros acreedores, por vía de una acción subroga-toria o por vía de la acción revocatoria o pauliana, -según los distintos casos, de acuerdo a lo sostenido por nuestra doctrina-ya que ellos pueden hacer valer la excepción de prescripción para que no se los perjudique dando bienes de su deudor a un acreedor que ya no contaba más que con una obligación natural, por cuanto la deuda había prescripto y no era más exigible, habiendo quedado desprovista de acción. Aceptando la validez de los argumentos que han inspirado al legislador en cuanto a la necesidad de que no se dilaten de mala fe los procesos, podemos considerar correcta la redacción del nuevo artículo 3962.

III.- Suspensión y dispensa de la prescripción cumplida

a) Menores o incapaces

También se han introducido una serie de reformas vincu-ladas con los hechos que alteran el cómputo del plazo de la pres-cripción. Nos referimos concretamente a la suspensión y a la interrupción.

Con respecto a la primera de las dos instituciones señaladas, ya de larga data, tanto la doctrina extranjera como la nacional, habían criticado acerbamente el hecho de que se suspendiese el plazo de la prescripción a favor de los incapaces, porque dichas suspensiones conspiraban en contra de la finalidad

de seguridad jurídica perseguida por la institución, pudiendo llegar a prolongar de tal manera la inseguridad, que nadie tuviese la tranquilidad de que su derecho no iba a ser atacado por otro. Una serie sucesiva de suspensiones por minoridad, podía prolongar, por ejemplo, la prescripción adquisitiva a más allá del siglo.

Por supuesto que la reforma, en este punto, no suprime nada más que la hipótesis de suspensión donde la razón que inspira a la institución es el hecho de que existe entre ambas partes un vínculo jurídico; y no se quiere que ese vínculo jurídico pueda verse alterado por el ejercicio de determinadas acciones, que a veces menoscabarían las relaciones de una y otra parte, Verbigracia, en el caso de los cónyuges, el legislador siempre consideró que era inconveniente que durante el matrimonio pudiesen ejercitar acciones uno en contra del otro. También las otras hipótesis del Código han quedado sin ninguna reforma: es decir que la prescripción no corre cuando nos encontramos frente a personas vinculadas por la relación de potestad, como entre los tutores o curadores y sus pupilos, y también se suspende cuando hay un heredero que ha aceptado con beneficio de inventario.

La ley 17.711 -insistimos- ha reformado las normas que regían la suspensión, suprimiendo el beneficio que se otorgaba a los menores e incapaces. Pero quizás sea conveniente leer el artículo, para luego hacer un comentario más extenso. El nuevo artículo 3966 dice:

"La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si carecieren de representación, se aplicará lo dispuesto en el artículo 3980".

A primera vista, pareciera surgir que se ha establecido una gran diferencia entre una y otra hipótesis; es decir que la prescripción va a correr solamente contra aquellos incapaces que tienen representantes legales que pueden y deben ejercer las acciones que corresponden a su representado y no contra los que

carecen de representación, que no pueden ejercer la acción por sí mismos, ni tienen quién lo haga en su nombre. En realidad, la norma va más allá de lo que pareciera surgir de esta primera lectura, puesto que si leemos el artículo 3980, vamos a llegar a la conclusión de que la prescripción corre tanto contra una como contra otra categoría de incapaces, con una diferencia un poco más pequeña: el incapaz que carece de representación legal, pese a que la prescripción se haya cumplido en contra de él, podrá solicitar al juez la dispensa de la prescripción cumplida, dentro de los tres meses después de cesada la incapacidad o llegada la mayoría de edad, porque el artículo 3980 -que es adonde nos remite la segunda parte del artículo 3966- dice:

"Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses...".

Evidentemente, la lectura del artículo 3980, al que nos remite el segundo párrafo del artículo 3966, nos lleva a la conclusión de que la prescripción también corre contra los incapaces sin representante, y, una vez cumplido el plazo, solamente queda la posibilidad de que el juez dispense al incapaz de la prescripción ya sucedida, liberándolo de sus efectos, si interpone la acción en el plazo de tres meses a partir de la cesación de su incapacidad. Y aquí permítaseme acotar, de paso, que este plazo de tres meses es un verdadero plazo de caducidad.

Desde hace mucho se nota la tendencia en el derecho comparado a suprimir la suspensión de la prescripción que favorecía a los incapaces; pero la reforma en este punto, se aparta de los antecedentes que pudo haber tomado en consideración, porque, por lo general no suele llegarse tan lejos como lo ha hecho la

ley 17.711; por ejemplo en Alemania -o en el anteproyecto de Bibiloni, o en el Proyecto de Reforma de 1936, que tomaron como modelo al Código alemán- se admite que la acción sea ejercitada por el incapaz dentro de los seis meses de haber cesado su incapacidad o habersele nombrado representante; en Hungría un año después de haber cesado el impedimento; en Polonia hasta dos años después de haber cesado el impedimento o que al incapaz se le nombre un representante. Además, no es meramente facultativo del juez otorgarle esa dispensa, sino que el menor o el incapaz están autorizados para ejercitar la acción dentro de los plazos señalados.

Es cierto que en el derecho comparado también encontramos ejemplos de legislaciones que van al otro extremo, como es el caso de Suiza, donde la prescripción corre contra todos los incapaces, tengan o no representante.

Personalmente somos de opinión que, tal como se ha redactado la norma, haciendo correr la prescripción contra ambas categorías de incapaces, el plazo que se concede debía haber sido un poco más prolongado, y que no puede ser facultativo del juez el otorgarle la dispensa de la prescripción cumplida, sino que si el incapaz sin representante articula la acción dentro de ese plazo, el juez debería siempre admitirla, y no expresar -como se dice en el nuevo artículo 3980- que los jueces están autorizados a liberarlo; porque "estar autorizados", presume que pueden a su arbitrio liberarlos o no, de los efectos de la prescripción cumplida. Creemos que en ninguna hipótesis el juez, frente a un incapaz sin representante, podrá negarse a admitir la acción que se interponga dentro del plazo de tres meses que fija la ley.

b) Querrela criminal

Se agrega otro precepto, que crea una nueva hipótesis de suspensión que, a nuestro entender, no tiene justificación. Nos referimos al artículo 3982 bis:

"Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela".

En realidad el legislador no se ha animado a decir que la querrela "interrumpe la prescripción", como lo han sostenido erróneamente algunos fallos de Cámaras Civiles de la Capital Federal. El ejercicio de la querrela criminal no demuestra de ninguna manera la voluntad de esa víctima de lograr resarcimiento de los daños que ha sufrido; por lo tanto, no tiene o no puede tener ningún efecto interruptivo.

Tampoco puede tener efecto suspensivo, porque no hay ninguna razón de hecho que impida a la víctima incoar, dentro del propio proceso penal, la acción civil. Y si no media ninguna circunstancia que lo imposibilite ejercitar la acción, es totalmente injustificado que se suspenda el curso de la prescripción. A todas luces, la norma es criticable e inadecuada, y su inclusión proviene de la equivocada interpretación que un sector de la doctrina y jurisprudencia dan al artículo 29 del Código Penal, cuando autoriza al juez a ordenar la reparación del daño. Nosotros entendemos que el juez jamás podrá ordenar de oficio el resarcimiento, porque la acción civil depende de instancia privada; el hecho de que puedan acumularse en un mismo fuero ambas acciones no debe llevarnos a confundirlas pues la acción civil y la penal son totalmente independientes, por su naturaleza y objeto. Por ello concluimos: el ejercicio de la querrela criminal, no puede interrumpir, ni suspender el curso de la prescripción de la acción civil.

c) Dispensa de la prescripción cumplida.

También se ha modificado el artículo 3980 que, aunque

incluido dentro del título de la suspensión de la prescripción, no se vinculaba directamente con ella, sino que configuraba lo que típicamente se llama "dispensa de la prescripción cumplida".

El plazo de prescripción había corrido íntegramente, se había cumplido, pero el juez podía liberar al acreedor, o propietario, de los efectos de la prescripción. Decía el código en el mencionado artículo 3980:

"Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a librar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos inmediatamente".

En esta hipótesis se justifica plenamente que el juez esté autorizado a conceder o negar la dispensa, porque él debe valorar cuáles han sido las circunstancias de hecho que impidieron el ejercicio de la acción, y, si realmente han sido justificadas, verbigracia si ha mediado fuerza mayor o un caso fortuito, concederá la dispensa.

Dice el primer párrafo del nuevo artículo 3980:

"Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses".

El único factor de incertidumbre que existía en la norma, era el adverbio "inmediatamente"; la reforma ha salvado

bien el punto al estipular un plazo de tres meses, que en este caso está plenamente justificado. Pero que, a nuestro entender no debió hacerse extensivo, por vía de remisión, a los incapaces sin representante, para quienes la lógica y la justicia exigían otra norma distinta.

Se agrega ahora al artículo que comentamos un párrafo que también es aceptable. Dice:

"Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo".

Es decir, cuando la imposibilidad no surge de circunstancias de hecho, sino de las maniobras de la otra parte. Consideramos que esta previsión constituye un acierto del legislador.

IV.- Interrupción de la prescripción

a) Demanda judicial

Encontramos también reformas substanciales vinculadas con los actos interruptivos de la prescripción, que pueden emanar del acreedor. El artículo 3986 de nuestro Código establecía que la prescripción solamente podía ser interrumpida por demanda interpuesta ante el juez, aunque fuese incompetente y aunque fuera nula por defecto de forma, o quien la interpusiese tuviere incapacidad para hacerlo. Durante mucho tiempo doctrina y jurisprudencia dedicaron sus esfuerzos a determinar qué alcance y amplitud tenía este vocablo "demanda", y había llegado a existir coincidencia general en la doctrina de que se trataba de una demanda judicial. La reforma no aclara el punto y, en la primera parte de este artículo, mantiene el vocablo demanda sin ningún calificativo; creemos que seguirá privando la misma interpretación.

b) Prescripción liberatoria. Interrupción por demanda

Otro problema que suscitaba el artículo era el hecho de que en su primitiva redacción solamente hablaba de "demanda contra el poseedor", pero nadie dudó jamás, en el caso de la prescripción liberatoria, que la demanda judicial dirigida contra el deudor, también fuese un acto interruptivo de la prescripción. La ley 17.711 ha considerado que era formalmente necesario aclarar el punto, para la mejor redacción de la norma, agregando la palabra deudor, pero esta modificación no altera en nada la interpretación que los tribunales han dado, y seguirán dando, al artículo. Dice el nuevo artículo 3986 en su primer párrafo:

"La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio".

Quizás pueda criticarse el que se haya reemplazado la locución que utilizaba el Código, de que la "demanda sea nula por defectos de forma", por "simplemente fuere defectuosa"; pero creemos que no debe hacerse hincapié en una u otra expresión.

c) Constitución extrajudicial en mora. Efecto interruptivo

Lo que sí es interesante en este artículo es advertir el agregado que se ha efectuado, en el segundo párrafo, que expresa:

"La prescripción liberatoria también se interrumpe, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta interrupción sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción".

Confesamos que la primera vez que leímos este párrafo no pudimos comprender a qué se refería. Todavía hoy, para quien lo lea desprevenidamente, debe suscitarle serias dudas en su interpretación. ¿Qué ha querido manifestar el legislador cuando dice: "Esta interrupción sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción"? ¿Se trata de una interrupción o bien de una suspensión durante un año, nos preguntábamos en un primer momento? Luego, poco a poco, creemos que hemos desentrañado el alcance de la norma, pero nos parece que la confusión que aquí se introduce se debe a que la segunda mitad de este párrafo que se agrega, no debió incluirse en el artículo 3986, sino como un párrafo modificatorio de una norma que no ha sido alterada, el artículo 3987, que habla de cómo queda sin efecto la interrupción causada por demanda.

A nuestro entender, lo que ha querido el legislador con este párrafo es que, si se produce la interrupción por la constitución extrajudicial en mora, para que esa interrupción sea válida debe ser seguida, dentro del plazo de un año, por la demanda judicial. Esa es la correcta y adecuada inteligencia que debe darse a la norma; si el acreedor no procede de tal manera queda sin ningún efecto la interrupción, como si jamás hubiese sucedido.

Ahora nos preguntamos otra cosa: ¿Por qué los actos de requerimiento al deudor no pueden hacerse extensivos también a los casos de prescripción adquisitiva, cuando se reclama, en forma auténtica, la devolución de la cosa, a quien está como poseedor? ¿Por qué no se concede efectos interruptivos a esos actos?

Otro problema es el vinculado con la limitación establecida cuando se dice que esta vía es apta "por una sola vez", ¿por qué el legislador limita a "una sola vez" los efectos interruptivos de la constitución en mora? ¿Era necesaria la limitación? Recordemos que los casos de "purgatio mora" son escasísimos, y la mayor parte de la doctrina entiende que cuando se trata

de nuevos plazos concedidos al deudor, era "purgatio" que lo libra de alguno de los efectos, de la mora, en cuanto le permite que pueda pagar después, no hace que desaparezca la mora mientras no se haya pagado. La "purgatio" se va a producir en forma definitiva cuando se haya hecho efectivo el pago; ¡y si se ha hecho efectivo el pago, no va a haber posibilidad de constituir en mora por una segunda vez!

La ley establece como requisito que los actos de interpelación se hayan efectuado en forma auténtica; ello tiende, seguramente, a limitar estos actos a casos como el protesto por escritura pública, y quizás también el telegrama colacionado. Nosotros creemos que serían también auténticas las reclamaciones o gestiones administrativas, efectuadas en un expediente administrativo que tiene categoría de un instrumento público.

d) Redacción que proponemos para los arts. 3986 y 3987

A nuestro entender estas normas debieron haber sido redactadas en forma distinta y diríamos que el artículo 3986 debió haber quedado así: " La prescripción se interrumpe: 1º) por demanda judicial contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o sea nula por defectos de forma, y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio. 2º) También se interrumpe la prescripción extrajudicialmente -porque no se trata de cualquier constitución en mora, sino de la constitución extrajudicial- por la constitución en mora del deudor u otros actos tendientes a reclamar el cumplimiento de la obligación o la restitución de la cosa -porque no hay por qué restringir estos actos extrajudiciales que interrumpen los casos de la prescripción liberatoria- efectuados de manera que puedan ser probados fehacientemente".

Y el artículo 3987 diría que: "La interrupción de la prescripción causada por demanda judicial se tendrá por no sucedida si el demandante desiste de ella o ha tenido lugar la deserción o la caducidad de la instancia".

Suprimiríamos la última hipótesis, -cuando ha habido absolución definitiva-, porque en realidad no es un caso en el cual quede sin efecto la interrupción de la prescripción, ya que, si ha habido absolución definitiva, lo que el juez ha dicho es que no existía el derecho y no puede hablarse de que haya quedado sin efecto la interrupción de la prescripción.

Finalmente, agregaríamos un segundo párrafo al artículo 3987:

"La interrupción causada por reclamos extrajudiciales quedará sin efecto si no se interpone la demanda judicial antes de transcurrido un año o el término que correspondiese a la prescripción de la acción si fuese menor".

e) Gestiones administrativas

También habría sido necesario contemplar la hipótesis, de que la interrupción de la prescripción se haya producido por gestiones administrativas, porque durante todo el período que duren las gestiones administrativas, hasta que se haya clausurado esa vía, la prescripción continúa interrumpida, lo mismo que continúa interrumpida durante todo el período que dura la demanda. Entonces, en el caso de las gestiones administrativas el nuevo plazo deberá contarse desde el momento en que se agote la vía administrativa.

V.- Plazos

a) Presentes y ausentes.

Entrando ahora concretamente al problema de los plazos de prescripción, creemos que es interesante hacer notar que tanto para una como para otra forma de la prescripción (adquisitiva o liberatoria), ha desaparecido la diferencia que existía en el Código entre presentes y ausentes.

La reforma es acertada; responde a las realidades de la vida moderna, porque hoy, con el desarrollo que han tenido los

medios de comunicación y transporte, no se justifica en lo más mínimo esta diferencia entre presentes y ausentes, porque no hay ninguna imposibilidad de hecho para aquel que se encuentra ausente en otra jurisdicción, o aun ausente del país, para que interponga la demanda dentro de los plazos fijados.

La supresión no solamente se ha realizado en nuestro Código, por vía de la Ley 17.711, sino que se ha efectuado en todos los códigos modernos; ya casi no hay códigos que hablen de la distinción entre presentes y ausentes, y ninguno de las sancionados recientemente lo establece.

Y los plazos que se fijan, en definitiva, para las distintas formas de prescripción (en la adquisitiva o en la liberatoria), los diez años sin distinción entre presentes y ausentes y los veinte años para usucapión, son también los plazos que fijan casi todos los códigos del mundo, y son los que proponían en nuestro derecho los antecedentes de reformas que han existido, tanto el Anteproyecto de Bibiloni, cuanto el Proyecto de Reforma de 1936. En este aspecto, no hemos podido consultar el anteproyecto de 1954, porque desgraciadamente no ha sido suficientemente difundido y solamente contamos con una copia mimeográfica del libro primero (Parte General) y otra mimeografiada del libro segundo (Obligaciones y Contratos), es decir que nos falta la parte en que se legisla sobre la adquisición por usucapión de los derechos reales, pero, pensamos que, casi con seguridad, sus disposiciones deben seguir la misma orientación. Vemos, pues que aquí el legislador no produce ni introduce nada novedoso; sigue las corrientes legislativas modernas y también los antecedentes nacionales. Consideramos que esta actitud constituye un acierto, que se reitera en todas las oportunidades en que sigue las corrientes que ya habían sido señaladas por una doctrina mayoritaria.

En materia de prescripción liberatoria se han modificado, el artículo 4023 y su concordante, el artículo 4024. En ambos se establecía la distinción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Y en materia de prescripción adquisitiva, además de modificar el artículo 3999, se han derogado los artículos 4000, 4001, 4002, el último de los cuales servía para determinar cómo se efectuaba el cómputo del plazo cuando parte del tiempo transcurría entre presentes y el resto entre ausentes; también ha sido modificado el artículo 4004.

Aquí debemos señalar una seria falla de técnica legislativa. Los artículos concordantes que no están ubicados en la misma sección, sino en otras secciones del Código, no han sido reformados. Solamente se han visto aquellos que estaban más cerca, y ¡es una gran improlijidad el no haber recurrido ni siquiera a un Código concordado para ver qué otros artículos había que estableciesen los mismos plazos! Por ello nos encontramos, todavía, en materia de usufructo con el artículo 2924, y en materia de servidumbre con el 3059. El artículo 2924 establece que:

"El usufructo se pierde por el no uso, durante el término de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes"

y el artículo 3059, vinculado con las servidumbres, dispone que:

"Las servidumbres se extinguen por el no uso durante diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunque sea causado por caso fortuito o fuerza mayor".

¿Pueden dejar de aplicarse estas normas? En materia de prescripción los plazos son expresos y tendrá que seguir haciéndose la distinción, mientras no venga de nuevo el legislador con una fe de erratas a establecer la respectiva corrección. Y, ¿cómo computaremos la diferencia? Creemos que tendrá que seguir aplicándose el artículo 4002 ¡a pesar de haber sido derogado!

b) Prescripción adquisitiva sin título ni buena fe

En materia de usucapión el nuevo plazo de veinte años

también está plenamente justificado por todos los antecedentes nacionales y extranjeros, entre los cuales citaré de paso el nuevo Código polaco de 1964, artículo 173.

Pero aquí también volvemos a encontrar omisiones. En un reciente artículo del doctor Smith publicado en "La Ley", solamente señala una de estas omisiones, que nosotros ya habíamos visto; el artículo 3017 que, en materia de servidumbre, que no ha sido modificado y nos sigue hablando de treinta años:

"Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de treinta años".

Y en materia de la posesión hereditaria, cuando uno de los herederos comienza a poseer a título exclusivo, se mantienen los artículos 3460 y 3461, donde en ambos sigue hablándose de treinta años.

Aquí queremos señalar una curiosidad. Si no hubiese mediado la vieja Ley de Fe de Erratas, no tendríamos problemas, porque Vélez Sársfield, en su Código, estableció para estos dos casos la prescripción de veinte años. Y la Ley de Fe de Erratas, para unificar con los otros plazos de prescripción adquisitiva, los prolongó a treinta años. Ahora, lo que quiso evitar la Ley de Fe de Erratas de manera tal que todos aquellos plazos quedaran iguales, no lo ha advertido el legislador en la Ley 17.711 y aparece la diferencia pero a la inversa de la que teníamos en el Código. Ahora aquellos plazos aparecen prolongados con respecto al plazo general de veinte años.

c) Prescripción de cosas muebles robadas o perdidas

En materia de cosas muebles robadas o perdidas no teníamos en nuestro sistema jurídico, nada más que la norma del artículo 477 del Código de Comercio, que establecía tres años como plazo de prescripción a favor del poseedor o adquirente de buena fe. Ahora, el artículo 4016 bis -disposición nueva- corrige

en parte las deficiencias de nuestro sistema sobre el particular, y digo "en parte", porque deja todavía sin contemplar algunos aspectos que se prevén en otras legislaciones, y que debieron haber sido objeto de preocupación por el legislador. Dice el artículo 4016 bis:

"El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo para adquirir su dominio es de dos años en el mismo supuesto de tratarse de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión debe ser de buena fe y continua".

Es evidente el acierto del legislador al introducir este supuesto, pero tampoco ha descubierto la pólvora. También Bibilioni y el Proyecto de 1936, dentro de los antecedentes nacionales, se habían ocupado de este problema, con normas casi idénticas a la aquí contenida y con una ventaja, porque agregaban en otro precepto que a la prescripción de cosas muebles se aplicaban en general las restantes disposiciones del título en que estaba contenida esa norma. Contemplaban de esta manera, aunque indirectamente, un plazo máximo de prescripción, a favor de los poseedores de mala fe de cosas muebles. Es decir que también se prescribía la acción para los muebles a los veinte años, que era la prescripción general, aunque hubiese mediado mala fe.

Esta hipótesis ha quedado totalmente descuidada en la reforma, pese a que casi todos los antecedentes del derecho comparado la contemplan, y así podemos citar, por ejemplo, la legislación portuguesa, francesa, o polaca. En Portugal los plazos, cuando ha mediado buena fe, son exactamente los mismos que contemplamos nosotros: dos años para el caso de bienes muebles registrables y tres años para el resto de los bienes muebles. Pero faltando el requisito de la buena fe también prescriben las acciones: en un plazo de cuatro años en el primer caso y de seis

en el segundo.

Algunos códigos van aún más lejos. Consideran que el propio poseedor vicioso, el ladrón mismo, puede prescribir, siempre y cuando, a su vez, haya prescripto la acción penal por el delito, en virtud de la cual se lo podía perseguir por el delito de haber robado la cosa. Después de prescripta la acción penal, comienza a correr a su favor la prescripción como poseedor de mala fe, por el plazo máximo.

Creemos que para lograr la verdadera estabilidad jurídica nuestro sistema, así como en materia de inmuebles, que son mucho más valiosos que los muebles, admite que se adquieran por prescripción, aun en los casos de mala fe, debería establecer un plazo, que puede ser de seis años como en la mayor parte de la legislación comparada, para que adquiera por prescripción el poseedor de mala fe de cosas muebles, problema que ha sido omitido en esta reforma.

VI.- **Acción de nulidad de actos jurídicos**

a) La nulidad como acción y como excepción

Dejemos un momento la prescripción y veamos que en materia de acciones de nulidad, la Reforma, en el artículo 1058 bis -un artículo nuevo- nos dice que "La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción".

La declaración es correcta. La nulidad se puede oponer por vía de acción o de excepción. Pero aquí falta algo que siempre se expresa en los códigos que contienen una declaración semejante, como el italiano, el austríaco, o el portugués. Todos, aunque con distintos giros, señalan el hecho de que cuando la nulidad se opone por vía de excepción, es imprescriptible; es decir, puede interponerse la excepción siempre que la otra parte exija el cumplimiento del acto jurídico afectado por la nulidad.

La razón se funda esencialmente en el hecho de que quien va a oponer la nulidad por vía de excepción, no ha tenido

oportunidad para ejercitarla mientras no se haya incoado en su contra la acción reclamando el cumplimiento del acto. Entonces, en realidad su excepción nace en el instante en el cual se ve afectado por la acción de la otra parte.

En el derecho comparado nosotros advertimos que se da cabida a esa solución; pero la reforma de nuestro Código ha silenciado el problema y eso es grave, porque gran parte de la doctrina nacional, casi todos los autores que se han ocupado del tema, cuando hablan de la nulidad opuesta por vía de excepción, afirman que tiene el mismo plazo de prescripción que la acción. Es decir que la excepción de nulidad prescribe en el mismo plazo que la acción, a contar desde el momento en que se realizó el acto. Y esto es grave, decimos, porque hay muchas hipótesis en que pueden presentarse problemas.

Por ejemplo, supongamos el caso de que se ha obtenido, por medio de la violencia, que contraiga una obligación y el título de la obligación está en manos del acreedor. Cesada la violencia el acreedor reclama extrajudicialmente el pago de esa obligación, y el deudor se niega aduciendo que ha suscripto la obligación en razón de las injustas amenazas con que se lo intimidó, y que tiene pruebas para demostrarlo. Entonces, el acreedor no inicia todavía la acción judicial; pero resulta que la excepción de nulidad -de acuerdo con lo que entiende esa doctrina mayoritaria- prescribe, al igual que la acción, a los dos años desde el momento en que la violencia cesó, y la violencia cesó en el momento en que se suscribió el documento. En cambio, la acción para exigir el cumplimiento de esa obligación prescribe recién a los diez años (art. 4023). Transcurridos dos años, el vicio queda purgado, porque el deudor no tiene los medios para ejercer la excepción, si no es demandado judicialmente.

Otra hipótesis surge ahora con la derogación del inciso 1º del artículo 515: un menor de catorce años, sorprendido por su inexperiencia, firma un documento civil que prescribe a los diez años. Cuando el acreedor pretende reclamar extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, el menor, o su representan-

te, dirán que la obligación no es válida porque la ha suscripto un incapaz; lógicamente el acreedor no iniciará una demanda judicial, porque perdería el pleito, con costas. Sin embargo, deja pasar siete años hasta que el menor llega a la mayoría de edad -que ahora se adquiere a los veintiún años-, y dos años más para que la acción (o excepción) de nulidad prescriban ya que el artículo 4031 se ha mantenido. Después de transcurridos nueve años ese acreedor podrá presentarse tranquilamente a reclamar la obligación y el menor, que ya ha llegado a la mayoría de edad, no podrá oponer ninguna defensa, salvo que aceptemos -creemos que a eso deberán llegar nuestros jueces- que la excepción no prescribe.

Por eso entendemos que la nulidad como excepción no prescribe o, como decían los prácticos franceses, "tanto dura la acción, tanto dura la excepción". Creemos que ésta es la solución correcta, pese a que en nuestro país buena parte de la doctrina está en contra de ella.

b) Plazos de prescripción de las acciones de nulidad

En materia de acciones de nulidad es donde encontramos más vacilaciones en el criterio del legislador. Decimos que encontramos más vacilaciones, porque sabemos que la acción de nulidad del acto jurídico debe tener un plazo reducido, ya que precisamente es uno de los casos en que más debe defenderse la validez del acto, basado en la voluntad de las partes.

Por eso VELEZ SARSFIELD había creado plazos especiales y reducidos, de solamente dos años, frente al plazo general de 10 años del artículo 4023. Y así teníamos, el artículo 4030 dedicado a los vicios de consentimiento. Es cierto que existía el problema de la mención de la "falsa causa", sosteniendo gran parte de la doctrina que en ella debía comprenderse el caso de la simulación. La reforma ha aclarado el punto, agregando al artículo 4030 un párrafo que dice:

"Prescribe a los dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa. El plazo se computará desde que el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación".

Por otra parte, ha mantenido el texto del artículo 4031, que también establecía dos años para la prescripción de la acción de nulidad de los actos realizados por personas incapaces y ello podría hacernos pensar que deseaba unificar el plazo de prescripción de las acciones de nulidad. Pero lo paradójal y contradictorio surge cuando leemos las modificaciones que se han introducido al artículo 4023:

"Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.

Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, sea absoluta o relativa, si no estuviere previsto un plazo menor".

Es decir que en la actualidad, para la acción de nulidad de actos jurídicos se prevén, en este título, ¡dos plazos!

Es cierto que dentro del Código, si había alguna acción de nulidad que no cayese estrictamente en los artículos 4030 ó 4031 los jueces debían aplicar el artículo 4023, por ser el plazo ordinario, y es lo que ocurrió con las nulidades por defectos de forma. Pero esta Reforma debió tender a unificar todas las hipótesis de acciones de nulidad relativa dentro del plazo reducido de dos años, para salvaguardar la confianza que debe tenerse en la validez de un acto jurídico. Y decimos "nulidad relativa", porque la nulidad absoluta, establecida en defensa de altos intereses de orden público, no puede prescribir, ni en dos, ni en diez años. A lo sumo podría prescribir a los 20 años que es actualmente el lapso más extenso para la consolidación de derechos cuando no media la buena fe.

Pero, debemos preguntarnos: ¿esta solución adoptada en la reforma, distinguiendo dos plazos distintos para las acciones de nulidad tiene algunos efectos prácticos de importancia? Sí, los tiene, y produce un marcado desajuste en hipótesis que son conceptualmente idénticas. Veamos un ejemplo: Actualmente ha desaparecido la incapacidad de la mujer casada, pero hay actos que le están prohibidos, como la disposición de bienes gananciales, para los cuales necesita la autorización del marido. Si realiza ese acto sin la autorización del marido, el acto está sujeto a una acción de nulidad. Para esta acción será preciso que transcurran dos años, porque sigue rigiendo el artículo 4031, que no ha sido modificado. Es decir que prescribe a los dos años la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente. Pero para el marido que realiza un acto de disposición de bienes gananciales sin autorización de la mujer, no se ha previsto ningún plazo especial; entonces va a caer en la norma del artículo 4023 y el plazo de prescripción va a ser de diez años y no de dos. Es una de las más evidentes incongruencias que surgen de la redacción de la ley 17.711.

Además, para complicar el régimen de los plazos de prescripción de la acción de nulidad, se ha creado un nuevo plazo, que no se encuentra en este título, sino en el artículo 954, donde en contra de la que es la opinión unánime de la doctrina y de lo que son las soluciones coincidentes del derecho comparado, se ha establecido el inusitado plazo de cinco años, que es evidentemente excesivo.

Ahora, pues, tenemos que en lugar de un plazo de dos años para las acciones de nulidad, se han creado tres plazos distintos: el de diez (artículo 4023), el de cinco (artículo 954) y el de dos (arts. 4030 y 4031), y no agregamos el plazo de un año de la acción revocatoria o pauliana porque, pese a que el código habla allí de nulidad, nosotros entendemos que es una acción rescisoria.

El tiempo nos impide analizar el último punto, vincula-

do con la extensión del plazo del artículo 4037 que ahora es de dos años, reforma que consideramos acertada.

VII.- **Palabras finales**

Solamente nos resta decir que dentro de esta reforma, cuyos lineamientos generales aceptamos, porque era necesaria, desgraciadamente se ha incurrido en una serie de impropiedades técnicas que hacen indispensable una nueva reforma del tópico, para evitar incongruencias y dificultades de interpretación, y porque se ha dejado también sin legislar algunos aspectos que era menester contemplar.

Los aciertos, insistimos, son innegables y consisten especialmente en haber seguido las huellas trazadas por el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936, a cuyos méritos creemos innecesario referirnos.