

PRESCRIPCIÓN y Proyecto de Unificación

(Algunos aspectos) (+)

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

(Revista Jurídica de Tucumán, N° 28, 1990, p. 46)

-
- I.- Introducción
 - II.- Definiciones
 - III.- Vía de ejercicio
 - a) Oportunidad para interponerla
 - IV.- Momento inicial
 - V.- Prescriptibilidad e imprescriptibilidad
 - a) Acciones personales y acciones reales
 - b) ¿Enumeración legal o norma abierta?
 - c) Fundamento de las hipótesis de imprescriptibilidad contempladas en el Código
 - d) Imprescriptibilidad de las excepciones
 - VI.- Normas derogadas. Aciertos
 - a) Suspensión
 - b) Interrupción
 - VII.- Derogaciones conflictivas
 - a) Interrupción: fianza
 - b) Los terceros interesados en hacerla valer
 - c) El Estado
-

(+) En otro trabajo anterior sobre el tema, ya publicado en los "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1987, p. 433 y ss., nos hemos ocupado de aspectos generales, como la abreviación de plazos, la reducción de supuestos, y las distintas hipótesis de suspensión del curso de la prescripción.

I) Introducción

Este trabajo ha sido elaborado en homenaje a las Bodas de Oro de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, casa de estudios por la que siento particular afecto. Confluyen a ello numerosas razones, desde la admiración intelectual por la obra de algunos de los integrantes de su claustro, que han contribuído notablemente al desarrollo de la ciencia jurídica argentina, hasta la distinción que para mí significó una invitación de sus autoridades a profesar en ella. Mucho lamenté no poder aceptarla, pero sirvió para estrechar los lazos que me unen a la Universidad de Tucumán.

Tampoco puedo olvidar que la primera vez que llegué al Jardín de la República, en 1967, a participar en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho civil, apareció en una sección de "La Gaceta", titulada "Hace 40 años en Tucumán", la noticia de una elección de Rector de la Universidad, en la que figuraba "mi" nombre -mejor dicho el de mi abuelo paterno, fallecido antes de que yo naciera- entre quienes integraban el Consejo universitario en esa oportunidad.

Me resulta pues muy grato colaborar en este Homenaje y para ello he elegido continuar con el análisis de un tema de actualidad, el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, y que ahora se encuentra a estudio del H. Senado¹. Parece pues oportuno continuar con la profundización de distintos aspectos, como una contribución al perfeccionamien-

¹. Por resolución de ese cuerpo N° 10/88 se ha designado una Comisión Técnica Asesora Honoraria, integrada por doce juristas, entre los que se cuentan un ilustre catedrático tucumano, el Dr. Fernando J. LÓPEZ de ZAVALÍA, un ex-alumno de esa Casa de Estudios, Dn. Ernesto Clemente WAYAR, y también el autor de estas líneas.

to de nuestro derecho privado.

II.- Definiciones

Tarea difícil la del legislador que se enfrenta siempre con el dilema de hacer caso a las críticas que consideran inconveniente incluir definiciones en un cuerpo legal² y la necesidad imprescindible de fijar los límites de algunas instituciones o conceptos³.

La verdad es que resulta casi imposible prescindir de las definiciones legislativas, y el Proyecto no ha podido escapar a esta realidad, por lo que en materia de prescripción abre el Capítulo I de la Sección Tercera con sendas definiciones de la prescripción adquisitiva y de la liberatoria. De esta manera el proyectado artículo 3899 procura reemplazar a tres normas del Código, los artículos 3947, 3948 y 3949, que además de definir genéricamente la prescripción, se ocupan por separado de cada una de sus formas⁴.

Estimamos que la norma propuesta no mejora los dispositivos vigentes; vemos así que el artículo 3899 del Proyecto expresa:

"Prescripción adquisitiva es el modo de adquirir un derecho real por el transcurso del tiempo. Prescripción

². Ver nota al artículo 495 del Código Civil, donde Vélez recuerda estas críticas, y procura delimitar los casos en los cuales el legislador puede echar mano a una definición, estimando que solamente es aceptable cuando tiene "por objeto restringir la significación del término de que se sirven a las ideas que reúnan exactamente las condiciones establecidas por la ley".

³. Sobre el particular COLMO afirma que sólo puede echarse mano a ellas "en los casos en que se desee precisar un concepto cualquiera" y "con el propósito práctico de fijar y delimitar la respectiva relación jurídica" (ver "Técnica Legislativa", 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 101 in fine, p. 267).

⁴. El artículo 3947 da un concepto genérico de ambas formas de prescripción y de sus efectos; luego, por separado, el artículo 3948 define la prescripción adquisitiva, y el 3949 la liberatoria.

liberatoria es el modo de extinguirse una acción por el transcurso del tiempo".

En alguna manera se repite lo que dice el Código en el artículo 3947, sin salvar los defectos que contienen las definiciones de los artículos 3948 y 3949, y se incurre, incluso, en algún error suplementario, como silenciar el elemento posesión al caracterizar la prescripción adquisitiva.

Era la oportunidad, si se introducían modificaciones, de recalcar algo que se esboza en la parte final del artículo 3949, destacando que hay prescripciones liberatorias que no extinguen una acción, sino un derecho que no se ha ejercitado, aspecto que se descuida totalmente en la norma propuesta.

Debemos recordar que la prescripción liberatoria funciona también con relación a varios derechos reales, como las servidumbres⁵, el usufructo⁶ y los derechos de uso y habitación⁷.

El no ejercicio del derecho durante el término de diez años pone fin al usufructo, el uso o la habitación, lo mismo que a las servidumbres. En este caso no se produce la extinción de "una acción", como dice la norma proyectada, sino la extinción de un derecho, que no se ha ejercido durante el plazo que la ley prevé, como muy bien lo expresa la ley vigente. Para dar una definición más correcta de la prescripción liberatoria el segundo párrafo del artículo 3899 del Proyecto debió decir que "es el modo de extinguir una acción o un derecho por el transcurso del tiempo".

⁵. Ver el artículo 3059 y su nota, donde de manera reiterada el codificador habla de la libertad que readquiere la heredad sirviente por el **no uso del derecho de servidumbre**.

⁶. En el artículo 2924 se establece la extinción del usufructo a los diez años de no uso, explicando en la nota que se trata de una prescripción liberatoria, que resulta de "la falta de ejercicio y de reclamación del derecho".

⁷. El artículo 2969 dispone que son aplicables las normas de la extinción del usufructo a la extinción de los derechos de uso y habitación.

Creemos, sin embargo, que aunque se pudiese en vigencia la nueva norma, el defecto en la definición no provocaría problemas prácticos, pues los artículos que establecen la extinción de esos derechos reales por el no uso permanecen intactos; simplemente señalamos que se pierde la oportunidad de mejorar el texto legal.

III.- Vía de ejercicio

Como contrapartida destacamos el acierto con que se resuelve en el primer párrafo del artículo 3903 el problema de la vía para ejercitar la prescripción, poniendo fin a las vacilaciones que con respecto a la prescripción liberatoria puede engendrar el actual artículo 3949, cuando nos dice que "es una excepción para repeler una acción".

¿Significa esto acaso que no puede intentarse su declaración de manera autónoma, como una acción independiente? La doctrina se ha esforzado por demostrar que ésa es la solución correcta⁸, y el proyecto, de manera concisa y exacta resuelve el problema, diciendo que "puede ser articulada por vía de acción o de excepción", lo que es válido tanto para la prescripción adquisitiva como para la liberatoria.

a) **Oportunidad para interponerla**

⁸. Conf. Raymundo M. SALVAT, *Obligaciones en General*, 6ª ed. (actualizada por Enrique V. GALLI), Tea, Buenos Aires, 1956, III, N° 2051, p. 391, donde nos dice que "se admite que la prescripción liberatoria puede hacerse valer, aun por vía de acción, en todos los casos en que hay de parte del deudor un interés legítimo que lo justifique".

Y GALLI en sus comentarios destina el N° 2051 -a (p. 392) a ilustrar el tema con jurisprudencia que ha admitido plantear la prescripción por vía de acción, indicando además que en el Derecho comparado los códigos de Alemania, Suiza, Italia y Venezuela, autorizan que la prescripción se esgrima como acción.

De la misma opinión son CAZEAUX - TRIGO REPRESAS (*Derecho de las Obligaciones*, ed. Platense, La Plata, 1972, T. II, Vol. 2, p. 510), quienes afirman que puede "hacérsela valer por vía de acción siempre que se invoque un interés legítimo que lo justifique" y señalan que comparten esta opinión, entre otros, Argañarás, Colmo, Spota, De Gasperi - Morello, Rezzónico, y Alconada Aramburú.

El segundo párrafo del artículo 3903 reemplaza al actual artículo 3962, procurando salvar las dificultades de interpretación que originó la redacción que la ley 17.711 dio a esa norma. Para ello suprime la alternativa entre la "contestación de la demanda" y "la primera presentación en juicio que haga quien intente oponerla", expresando de manera mas escueta:

"... La excepción de prescripción debe interponerse dentro del plazo para contestar la demanda. En su defecto no será suplida por el juez".

Pareciera que de esta manera se resuelven todas las dudas cuando se trata de oponer la prescripción como "excepción". Pero, cabe preguntarse, ¿cuál será la oportunidad para plantearla cuando quien pretende hacer valer la prescripción es un interesado (acreedor o fiador), que no ha sido demandado y se presenta al juicio con una tercería?

El proyecto no resuelve el problema. Pensamos que si se desea ser coherente con el espíritu que inspira al segundo párrafo del artículo 3903, esos terceros sólo podrían ampararse en la prescripción si la plantean en la primera presentación que efectúen en el juicio.

IV.- Momento inicial

El Código, de forma profusa y a veces inarmónica, dedica a este problema los artículos 3953, 3954, 3955, 3956, 3957, 3958, 3959, 3960 y 3961, y algunas previsiones aisladas como las contenidas en los artículos 954, 4025, 4030, 4031, etc., sin establecer una regla general, que sin embargo parece inspirar a todas las soluciones, y es el principio de la "actio nata", vale decir que la prescripción -destinada a extinguir una acción- recién comienza a correr cuando el interesado tiene

expedita la acción y puede hacerla valer en justicia.

La doctrina, analizando las múltiples soluciones especiales contenidas en el Código, llegaba a la conclusión de que todas estaban inspiradas por el mismo principio general.

En este punto el proyecto es mucho más conciso y claro cuando expresa en su artículo 3904 que:

"El plazo de la prescripción liberatoria comienza a correr el día en que su titular puede accionar por el derecho de que se trata".

Consideramos un acierto del proyecto el que haya establecido una regla general, y aligere el texto de la ley de la farragosa enumeración de hipótesis que contiene actualmente, pero quizás hubiese sido conveniente mantener algunas que pueden provocar titubeos y, además, hacer referencia al momento en que comienza la prescripción de las acciones posesorias cuando ha mediado una posesión viciosa.

Por ejemplo, ¿a partir de qué momento comenzarán a prescribir las acciones de nulidad de un acto jurídico afectado por un vicio de la voluntad (error, dolo o violencia)? El proyecto deroga el actual artículo 4030, y no establece un dispositivo que despeje las dudas. ¿Comenzará a correr la prescripción desde que el acto se celebró, como prevé el artículo 954 para el caso de lesión? ¿O tendrá que reconstruirse jurisprudencialmente lo que prevé el artículo 4030? ¿Cómo sabremos que la víctima tiene expedita la acción?

La prescripción es una institución que, por sobre todas las cosas, persigue la justicia por el camino de la "seguridad", y la supresión de algunas de estas normas que dan solución a hipótesis no muy claras pareciera que no está conforme con el espíritu de la institución.

V.- Prescriptibilidad e imprescriptibilidad

El Código Civil, con muy buen criterio, establece como regla, en el artículo 4019, que "todas las acciones **son prescriptibles** con excepción de las siguientes..." y en seis incisos procura enumerar todas las hipótesis de imprescriptibilidad, aunque la doctrina se inclina a sostener que la enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa.

Se mencionan allí algunas acciones reales y otras correspondientes al derecho de familia o a las sucesiones, que no cabrían estrictamente en la clasificación de las acciones en reales y personales, aunque algunos digan que quedan comprendidas en esta última categoría.

a) **Acciones personales y acciones reales.**

El Proyecto de Reforma se aparta de este principio y, partiendo de un error conceptual que analizaremos más adelante, establece en el primer párrafo del artículo 3901 una solución diametralmente opuesta que, de ser consagrada, generará innúmeros problemas⁹ porque dice:

"Todas las acciones personales son prescriptibles y todas las acciones reales son imprescriptibles salvo, en ambos casos, que lo contrario resulte de una disposición de la ley o de la naturaleza del derecho. ..."

Dos objeciones a ese primer párrafo del artículo 3901;

⁹. No ignoramos que pueden citarse como antecedentes de esta norma las soluciones propuestas en el Anteproyecto de Babiloni (art. 3425, inc. 1º), Proyecto de 1936 (art. 323, inc. 5º y 6º), y Anteproyecto de 1954 (art. 322, inc. 2º y 3º), pero todas estas normas al decir que las acciones reales son imprescriptibles hacen la expresa salvedad de que prescribirían "si se opone la usucapión contraria", solución que difiere diametralmente de la que propone el artículo 3901 del Proyecto de Unificación.

en primer lugar la distinción entre las acciones personales y las acciones reales ha sido siempre un tembladeral en el que han quedado atrapados todos los juristas. Reimplantarla, y hacerlo precisamente para saber si una acción es prescriptible o imprescriptible, va a crear un verdadero rompedero de cabeza, y hará vacilar a la doctrina, generará jurisprudencia contradictoria y provocará confusión en los litigantes.

Todavía hoy se discute sobre la naturaleza real o personal de numerosas acciones, pero se trata de un problema teórico que no repercute en materia de prescripción, y ¡el Proyecto parece deleitarse en embarcarnos en esa discusión para determinar si una acción es prescriptible o imprescriptible!

La segunda observación es que **es falso que las acciones reales sean imprescriptibles**, y seguirá siendo falso aunque se sancione una norma legal que, como el artículo 3901, contenga una afirmación semejante.

Lamentablemente un sector de la doctrina nacional parte del error de considerar imprescriptibles algunas acciones reales por no encontrar establecido en el Código un plazo de prescripción. Lo que sucede es que no advierten que la prescripción de esas acciones reales es la contrapartida de la prescripción adquisitiva; por ejemplo, el dueño de una cosa puede ejercitar la acción reivindicatoria mientras el tercer poseedor no la haya adquirido por prescripción adquisitiva. Algo similar ocurre con las acciones negatoria y confesoria.

El propio Código, con mucho acierto, se encarga de establecer, en el artículo 3961, cuándo comienza a correr el plazo de prescripción de esas acciones reales, que nace cuando un tercero toma la posesión o cuasi posesión de la cosa y, lógicamente, se integra cuando el tercero la ha tenido por el tiempo suficiente para usucapir, momento en el cual se extingue la acción real del anterior dueño.

Esto es lo que no advierten los autores del Proyecto

de Reforma, y aunque se sancione esa norma, y mañana se diga que las acciones reales son imprescriptibles, ¡esas acciones se extinguirán inexorablemente cuando haya transcurrido a favor del tercero el plazo de la prescripción adquisitiva! A partir de ese momento la acción real ya no podrá ejercitarse, porque si hay un nuevo propietario que ha consolidado su derecho real, paralelamente las acciones del anterior propietario se han extinguido por prescripción.

Por eso reiteramos que la distinción que pretende efectuar el Proyecto entre acciones personales (prescriptibles) y acciones reales (imprescriptibles), falla por la base porque parte de un error conceptual¹⁰.

b) **¿Enumeración legal o norma abierta?**

La norma proyectada crea un problema adicional. Hemos visto ya que el artículo 4019 del Código sienta como regla general la prescriptibilidad de **todas** las acciones, y a renglón seguido enumera las excepciones; el Proyecto, en cambio, ha optado por una norma de textura abierta, pues luego de establecer una regla doble (que diferencia entre las acciones personales y reales), abre la vía de otras soluciones si ello resultase de "una disposición de la ley **o de la naturaleza del derecho**".

Es cierto que si una ley establece de manera expresa la excepción no habrá problema, como no lo hay en el Código vigente para las hipótesis enumeradas en los seis incisos del artículo 4019, pero el Proyecto no establece ninguna excepción, ¡ni tan siquiera traza los lineamientos de cuál puede ser la

¹⁰. En cambio no hay tal error, sino una mera diferencia terminológica, cuando se dice, como lo hace LLAMBÍAS, que las acciones reales no son pasibles de "prescripción liberatoria" (ver Obligaciones, ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, T. III, N° 2024, p. 330), pero se admite que resulta frustrada la reivindicación "por haber desaparecido el dominio al que correspondía dicha acción, excluido por el dominio resultante de la usucapión a favor del poseedor actual" (p. 331).

"naturaleza" del derecho que lo haga acreedor a un trato diferente!

Si al artículo 4019 actualmente vigente se le hubiese agregado un último inciso que contemplase el caso en que "la imprescriptibilidad resultase de la naturaleza del derecho", esta norma abierta pondría de relieve que la enumeración anterior es enunciativa¹¹, y su interpretación no resultaría difícil pues los seis incisos anteriores están brindando una idea-fuerza, que permite al intérprete precisar cuando una acción es imprescriptible por su naturaleza.

c) **Fundamento de las hipótesis de imprescriptibilidad contempladas en el Código**

Al derogarse el artículo 4019 y sancionarse en su reemplazo una regla totalmente abierta, el intérprete deberá reconstruir trabajosamente el esquema, diseñado actualmente con claridad, y tropezará en cada caso con la dificultad de establecer si se está frente a una acción imprescriptible o prescriptible, debiendo analizar la "naturaleza del derecho" para saber si se encuentra o no frente a una hipótesis de excepción.

La enumeración contenida en el artículo 4019 es muy correcta, a punto tal que la doctrina, en sus elucubraciones teóricas por encontrar otros ejemplos de acciones imprescripti-

¹¹. Conf. Manuel J. ARGANARÁS, La prescripción extintiva, Tea, Buenos Aires, 1966, N° 26, p. 35, donde nos dice que la enumeración del artículo 4019 no agota la serie.

En igual sentido ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA afirman que todos los derechos son prescriptibles "con excepción de aquellos que la ley excluye, ya sea expresamente **o por surgir la imprescriptibilidad del propio carácter de la acción**" (Curso de Obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, Vol. II, N° 1620, p. 363).

Sin embargo alguna doctrina y jurisprudencia han considerado que la enumeración es taxativa (ver SALVAT - GALLI, obra citada en nota 8, N° 2055 - b, donde se afirma que "no hay más acciones imprescriptibles que las enumeradas"; y la jurisprudencia citada por CAZEAUX - TRIGO REPRESAS en la nota 30, p. 450).

bles, sólo alcanza a mencionar la que tendría la persona declarada ausente con presunción de fallecimiento, que reaparece, para reclamar la restitución de sus bienes, la declaración de las nulidades absolutas, y el ejercicio de "puras facultades". En realidad, estos ejemplos quizás deban reducirse a la hipótesis de las nulidades absolutas, pues la acción del ausente recién **nace** cuando reaparece, y a partir de ese momento **es prescriptible**, y se extinguirá si no la ejercita, y las "puras facultades" pueden ejercitarse en cualquier momento, pero no originan ninguna acción, salvo que se las coarte, caso en el cual la acción para lograr que cese esa limitación **será prescriptible** y se extinguirá cuando el tercero haya llegado a consolidar su posición, por vía de una prescripción adquisitiva.

Los incisos 1, 3, 4 y 6 de la norma vigente, que se refieren a derechos reales, permiten refirmar el principio de que las acciones reales son prescriptibles, que el curso de la prescripción comenzará cuando un tercero comience a poseer la cosa pues recién en ese momento nace la acción real para lograr que cese la posesión indebida y que el ejercicio de las "puras facultades" integrativas del derecho real no prescribe.

Así cuando el inciso 1 establece la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria de "la propiedad de una cosa que está fuera de comercio", reconoce implícitamente que en todos los demás casos la acción reivindicatoria es prescriptible¹². Además este inciso debe coordinarse con lo dispuesto por el artículo 3952, que sólo admite la prescripción adquisitiva de las cosas "cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición", norma que el codificador ilustra con los comentarios de TROPLONG al artículo 2226 del Código civil francés, destacando que hay cosas imprescriptibles por sí mismas,

¹². En el derecho español DIEZ PICAZO afirma que: "toda usucapión del dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria" (En torno al concepto de la prescripción), Anuario de Derecho Civil, 1963 - IV, p. 995).

ejemplificando con aquellas "que no son susceptibles de apropiación privada, como la mar", y otras que son imprescriptibles por razón de su destino, por estar afectadas "al uso público, como los caminos, las calles, etc."¹³.

Pues bien, en estos casos la acción de reivindicación será imprescriptible, porque ningún tercero podrá paralizarla alegando haber adquirido su propiedad, ni derecho real alguno sobre esas cosas que no pueden ser objeto de "posesión".

La imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria en este caso se origina en el hecho de que la cosa se encuentra en el dominio público, por lo que nadie puede poseerla ni adquirirla.

El inciso 4 ratifica lo que venimos diciendo, pues luego de sentar que la acción negatoria sería imprescriptible, establece la salvedad de que el tercero haya adquirido la servidumbre por prescripción, lo que sólo puede suceder en nuestro régimen legal cuando la servidumbre es continua y aparente. En los demás casos, como las otras servidumbres no pueden adquirirse por prescripción, la acción negatoria del propietario del fundo podrá ejercitarse en cualquier momento.

Los incisos 3 y 6, por su parte, ponen de relieve que las "puras facultades" integrativas de los derechos subjetivos pueden ser ejercitadas en cualquier momento, sin que pueda oponérseles una presunta prescriptibilidad. Algo similar sucede en materia de relaciones de familia con el caso previsto en el inciso 2.

En **resumen**, este catálogo de hipótesis facilita la labor del intérprete, y brinda las ideas-fuerza que le permitirán luego decir cuando una acción puede considerarse imprescriptible por su naturaleza.

¹³. M. TROPLONG, Droit civil expliqué, De la prescription, 3^a ed., París, 1838, comentario al artículo 2226, p. 129 y ss., en especial N° 109.

d) **Imprescriptibilidad de las excepciones**

Un punto que ha dividido a la doctrina nacional¹⁴ es el relativo a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las excepciones.

Muchos autores han sostenido que al ser prescriptibles todas las acciones y derechos "las excepciones que pueden hacerse valer en los juicios están sujetas a prescripción"¹⁵ y que en el derecho argentino sería difícil sostener la solución contraria "frente al criterio con que está legislada la imprescriptibilidad"¹⁶.

Por nuestra parte, refiriéndonos al artículo 1058 bis, hemos sostenido que la excepción de nulidad no es prescriptible porque quien la opone "no ha tenido la oportunidad para ejercitarla mientras no se haya incoado en su contra la acción reclamando el cumplimiento del acto"¹⁷, aclarando que "en realidad su excepción nace en el instante en el cual se ve afectado por la acción de la otra parte"¹⁸.

Una idea similar parece inspirar a GALLI en sus comentarios a SALVAT, cuando dice que "los supuestos que se ofrecen como de excepción imprescriptible suelen ser aquellos en los que la acción recién hubiera podido plantearla el excepcionante a raíz de la demanda que se le notifica"¹⁹, insistiendo en que "no se hablaría en el caso de acción imprescriptible, sino de acción no abierta y de excepción que

¹⁴. Lo mismo sucede en la doctrina extranjera.

¹⁵. ver SALVAT, obra citada en nota 8, N° 2053, p. 396.

¹⁶. Comentarios de GALLI a la obra de SALVAT, N° 2053 -a, p. 396.

¹⁷. "Régimen de la prescripción", Conferencias, ed. Tapas, Córdoba, 1968, ap. VI - a, p. 63.

¹⁸. Trabajo y lugar citados en nota anterior.

¹⁹. Obra y lugar citados en nota 15.

no había comenzado a correr"²⁰.

El Proyecto nada ha aclarado sobre el punto. La discusión doctrinaria continúa abierta, sin que se haya aprovechado la oportunidad para clarificar el problema.

VI.- Normas derogadas. Aciertos

El reemplazo total de la Sección Tercera del Libro Cuarto ha traído como consecuencia la supresión de numerosas normas que solucionaban casos especiales lo que a veces es elogiabile, ya que mejora la factura del código pues hace desaparecer lo que COLMO denominó "superfetaciones"²¹, para referirse a la repetición de normas en dos partes distintas del cuerpo legal, pero en otros casos puede crear incertidumbres al intérprete, pues no faltará quien piense que al haberse derogado el artículo se ha querido derogar el principio.

Es cierto que el artículo 5 del Proyecto de Unificación expresa que:

*"La derogación por esta ley de cualquier disposición no será interpretada como derogación de la regla contenida en ella, **si tal regla resulta de otras normas**".*

Pero a veces no es tan fácil determinar que la regla derogada se encuentra realmente presente en otras normas, y la dificultad se acentúa en el terreno de la prescripción cuyos dispositivos son considerados por la doctrina de interpretación estricta, por tratarse de normas de excepción. En tal caso la

²⁰. Obra citada en nota 13, p. 397.

²¹. "Estriban éstas en repeticiones parciales, en cuyo mérito se incluye en un precepto cualquiera un concepto que sobra, porque se encuentra o en los principios generales o en las disposiciones que directamente rigen el asunto" (Alfredo COLMO, obra citada en nota en nota 3, N° 64, p. 208).

virtud de la concisión puede transformarse en defecto y encontrarse en pugna con el espíritu de la institución, que exige con frecuencia enumerar los casos de especie, porque en materia de prescripción no cabe el recurso a la analogía.

Acotemos, de paso, que es una característica del Proyecto la creación de numerosos vacíos normativos, con el propósito de dar mayor flexibilidad a la ley y dejar en manos del intérprete el llenar esas lagunas atendiendo las exigencias cambiantes del devenir social²².

a) **Suspensión**

Hemos dicho en otro trabajo²³ que el artículo 3908 engloba a los actuales artículos 3981 y 3982.

Desaparecen en cambio los artículos 3976, 3977 y 3979 del Código civil, con evidente beneficio para su economía, pues contenían la repetición de principios consagrados en otras normas que mantienen su vigencia. Se evita de esta manera la duplicación de preceptos.

Analícemos estos casos; al establecer el Proyecto en su artículo 3902 que "la prescripción corre contra todas las personas, aún incapaces", es innecesario que se agreguen normas que expresen que también corre en el caso del heredero puro y simple (art. 3976), en el de la sucesión vacante, aunque no esté

²². Sobre el particular ha dicho el Dr. LE PERA que "El derecho es una textura abierta, que nos permite adecuar la norma; por ello no intentamos cerrarla.

No hemos hecho geometría, ni intentado construir un sistema geométrico. Mal hubiésemos podido hacerlo, por otra parte, en un trabajo de reforma, pero aunque nos hubiesen encargado la tarea de elaborar todo de nuevo, no estaríamos haciendo un juego geométrico.

Comprendemos que para legislar empleamos el lenguaje natural, y que las palabras tienen vaguedades. **En muchos casos esas vaguedades fueron mantenidas conscientemente, como lo señalamos en la exposición de motivos; por esos intersticios se va a filtrar la vida y podrá adecuarse la norma a las necesidades del cambio social**" (Mesa Redonda, Auditorio de Radio Nacional Córdoba, septiembre de 1987, publicado por la H. Legislatura de Córdoba).

²³. Ver nuestro "Prescripción", Anales de la Academia..., p. 452.

provista de curador (art. 3977), o en el de los fallidos (art. 3979). Mientras no se establezca de manera expresa una excepción tendrá aplicación la regla general.

La supresión del artículo 3978 tiene otro justificativo, pues ahora todo heredero se presume beneficiario desde el momento de la apertura de la sucesión²⁴.

Adviértase, sin embargo, que subsisten normas superpuestas, pues se mantiene la vigencia del artículo 678, en materia de obligaciones divisibles²⁵, y del artículo 696 en las mancomunadas²⁶, que se refieren en definitiva a la hipótesis resuelta por el artículo 3908 del Proyecto. Quizás lo más acertado hubiera sido suprimir todas esas normas en los títulos de las obligaciones mancomunadas, divisibles e indivisibles, agrupando las soluciones en la Sección destinada a la prescripción, pero no hacemos hincapié en ello, pues se trata de problemas formales, y lo importante es que la solución de fondo sea correcta.

b) **Interrupción**

Con respecto a la interrupción se ha procedido de manera similar, manteniéndose las normas que contiene el Código en los títulos de las obligaciones indivisibles (art. 688), mancomunadas (art. 695) y solidarias (art. 713) y suplantando los artículos 3990 a 3997 por solo dos normas, los artículos 3913 y 3914. El primero de ellos dispone:

²⁴. Ver trabajo citado en nota anterior, p. 449.

²⁵. "Art. 678.- La suspensión de la prescripción respecto a alguno de los deudores, no aprovecha ni perjudica a los otros acreedores o deudores".

²⁶. "Art. 696.- La suspensión de la prescripción que tenga lugar por parte de uno de los acreedores solamente, no aprovecha a los otros, y recíprocamente, cuando la prescripción es suspendida respecto de uno de los deudores solamente, la suspensión no puede ser opuesta a los otros".

"La interrupción de la prescripción se extiende a favor y en contra de los interesados en todas las obligaciones de sujeto plural, salvo en las divisibles".

Deberá entenderse, por supuesto, que el Proyecto ha querido referirse al caso de "divisibles simplemente mancomunadas".

Por su parte, y refiriéndose a la prescripción adquisitiva, el artículo 3914 del Proyecto reemplaza con sobriedad al artículo 3962 vigente, expresando:

"La interrupción de la prescripción adquisitiva realizada por uno de los titulares de un derecho real o contra uno de los coposeedores no se extiende a favor ni en contra de los cointerésados, salvo en caso de privación de la posesión".

VII.- Derogaciones conflictivas

a) **Interrupción: fianza**

Estimamos que la supresión del artículo 3997 no es oportuna, y debería mantenerse ese dispositivo que fija el alcance de los actos interruptivos dirigidos contra el deudor principal o su fiador, como lo hace el nuevo Código civil del Paraguay²⁷, ya que la solución no es pacífica en el Derecho comparado. Así vemos que el Código portugués de 1967 dispone que la interrupción de la prescripción hecha contra el deudor no produce efectos respecto al fiador, salvo que el acreedor le

²⁷. "Art. 654 (C. civil paraguayo).- La demanda interpuesta contra el deudor principal, o el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción de la obligación accesoria".

comunicase este hecho²⁸.

La aplicación de los dispositivos del Código sobre obligaciones principales y accesorias no brinda directivas suficientes para solucionar el caso, y no hemos encontrado razones que justifiquen la supresión del artículo, cuya presencia no ha originado jamás problemas sino, por el contrario, ha servido para disipar cualquier duda sobre el punto.

b) Los terceros interesados en hacerla valer

El primer interesado en hacer valer la prescripción liberatoria, en el campo de los derechos personales, es el deudor, y en el campo de los derechos reales el titular del dominio que ve limitado su derecho por una servidumbre o usufructo que no son efectivamente ejercitadas.

En lo que se refiere a la prescripción adquisitiva, puede ser esgrimida por el poseedor, en contra del propietario. Pero, ¿la legitimación activa está limitada a los sujetos que hemos enumerado? La ley vigente entiende que puede haber otros sujetos interesados en hacerla valer, y que ello es posible aunque el deudor o el propietario hubiesen renunciado de manera expresa a la prescripción (art. 3963).

El legislador se ha preocupado de establecer esta regla porque sucedía a veces que luego de haber prescripto la obligación, tornándose inexigible, un deudor insolvente, en colusión con el acreedor cuyo crédito se había tornado inexigible, renunciaba a la prescripción para permitirle, por ejemplo, que dirigiera su acción contra el fiador solvente, o que cobrase antes que los otros acreedores, cuyas deudas todavía eran

²⁸. "Art. 636 (C. civil portugués).- 1.- La interrupción de la prescripción respecto al deudor no produce efecto contra el fiador, ni la interrupción relativa a éste tendrá eficacia contra aquel; pero, si el acreedor interrumpiese la prescripción contra el deudor y diese conocimiento del hecho al fiador, se considerará interrumpida la prescripción contra éste desde la fecha de la comunicación. ...".

exigibles.

En concordancia con esta norma encontramos en el Código el artículo 2022 que permite al fiador hacer valer la prescripción y cualquier otra causa de liberación, nulidad o rescisión de la obligación, aunque el deudor hubiese renunciado expresamente a esas excepciones y, por otra parte el artículo 1196 que permite al acreedor ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, si este fuera remiso, subrogándose en la posición que pudiese corresponderle.

COLMO mencionaba este caso como una de las "superfeta-ciones" del Código²⁹, pero entendemos que no hay tal superposición y que el dispositivo es sumamente útil aunque no aparezca mencionado sino muy excepcionalmente en los repertorios jurisprudenciales, pues su sola presencia en el Código evita toda especulación y elimina la posibilidad de interpretaciones conflictivas.

La norma, tomada del Código civil francés y comentada por sus exégetas, era el fruto de una experiencia jurídica y había puesto fin a dudas que se habían planteado con anterioridad. Aunque el titular renunciase expresamente a ejercer la prescripción no era justo que con esa actitud perjudicase a sus acreedores, o a otros interesados en valerse de esa defensa, colocando en mejor situación al acreedor que había permitido que esa deuda prescribiese. Agréguese a ello que nadie en la doctrina nacional ha objetado la corrección del dispositivo, por lo que no se justifica en manera alguna que se lo suprima.

Si consultamos los Códigos más modernos, como el portugués³⁰ o el de Paraguay³¹, veremos que siguen manteniendo un

²⁹. Alfredo COLMO, obra citada en nota 3, p. 219 in fine.

³⁰. "Art. 305 (C. civil de Portugal).- **Oponibilidad de la prescripción por tercero.**- 1.- La prescripción es invocable por los acreedores o por terceros con interés legítimo en su declaración, aunque el deudor la haya renunciado.

2.- Sin embargo, si el deudor hubiese renunciado la prescripción, los acreedores solamente podrán invocarla si se verifican los requisitos exigidos para

dispositivo semejante, cuya vigencia resulta benéfica, pues cumple una función preventiva ³².

El Proyecto, al suprimirlo, introduce un factor de inseguridad, que no se suple por el hecho de que subsistan los artículos 2020 y 2021 para la fianza³³, ya que se ha derogado el artículo 2022 que es el que hacía referencia específica a la renuncia de la prescripción; y tampoco resultan suficientes los artículos 1196, relativo a la acción subrogatoria, y 967, que permite atacar las liberalidades del deudor insolvente por medio de la acción pauliana.

c) **El Estado**

Para concluir nos referiremos brevemente a la derogación del artículo 3951, que quizás no merezca calificarse de "conflictiva", sino simplemente de "innecesaria".

Parece útil recordar que la prescripción alcanza también al Estado, de la misma manera que a los particulares, como lo hace el reciente Código paraguayo³⁴. La omisión no provocará, posiblemente, mayores problemas, pero no hay razón alguna que la justifique.

Incluso parece conveniente mantener la norma para

la impugnación pauliana.

3.- Si, demandado el deudor, este no alegase la prescripción y fuese condenado, la cosa juzgada no afecta el derecho reconocido a sus acreedores.

³¹. "Art. 640 (C. civil paraguayo).- ... Los acreedores de los que renunciaron pueden oponer la prescripción.

³². El Código boliviano de 1975 incorpora también una solución semejante, disponiendo;

"Art. 1499 (Quienes pueden valerse de la prescripción).- La prescripción puede oponerse o invocarse por los acreedores y cualesquiera otros interesados en ella, cuando la parte a quien favorece no la hace valer o ha renunciado a ella.

³³. El proyecto mantiene los principios correspondientes a esas normas en los artículos 1994 y 1995.

³⁴. "Art. 641 (C. civil paraguayo).- La prescripción liberatoria corre en favor y en contra del Estado, y de las demás personas jurídicas de derecho público, conforme con su respectiva legislación".

recalcar que en sus relaciones de Derecho privado con los particulares el Estado no goza ni debe gozar de ningún privilegio, ya que algunos hechos recientes parecen indicar que, en contra de las disposiciones constitucionales, se ha olvidado este sano principio³⁵.

³⁵. Nos referimos a un decreto del Poder Ejecutivo por el cual, so pretexto de reglamentar una ley de principios de siglo, se pretende dilatar sin límite alguno el cumplimiento de las sentencias que condenan al Estado a pagar sus deudas.