

1) Introducción.

El derecho vigente consta de instituciones modernas y antiguas. Tanto en unas como en otras podemos distinguir instituciones convenientes e inconvenientes, por cuanto lo "antiguo" no es necesariamente "obsoleto", y lo "moderno", tampoco es necesariamente lo "adecuado". Lo "antiguo" es "obsoleto" en el tanto en que por inadecuación con la realidad resulta o inútil, o inconveniente. En el derecho, la lucha contra la cualidad de "obsoleto" se realiza mediante la "modernización" (o, en su caso gravísimo, la eliminación); y la modernización se realiza mediante la adecuación a las circunstancias reales a las que la institución está destinada a regir. Este proceso de adecuación puede tener sólo dos resultados: éxito o fracaso; y en el tanto en que toda adecuación equivale materialmente a "transformación", tal transformación, sólo podrá tener esos mismos resultados. La prescripción, como institución jurídica que es y por ser antigua, sufre en sí el efecto del razonamiento anterior. Por ser antigua corre el peligro de ser obsoleta, lo cual se habrá evitado si a lo largo de su existencia se haya adecuado y transformado a las reales circunstancias a las que por su origen fue destinada a regir.

Todo civilista ha escrito sobre ella. Todo jurista ha tenido que estudiarla. Y todo esto a lo largo de más de veinte siglos. Lo anterior nos aseguraría una efectiva labor de adecuación y un total dominio doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Pero lo cierto es que tanto en uno como en otro dominio de la vivencia de la Ciencia Jurídica, reina bastante confusión, incluso hoy en el ocaso del siglo XX; y para afirmarlo basta una ojeada tanto a los fallos judiciales (el problema del justo título), las leyes (Código Civil, Ley de Informaciones Posesorias), o los libros (Tratados, Monografías, e incluso las ponencias al IX Congreso Jurídico Nacional, en lo referente a la Comisión de Obligaciones, o lo que se está enseñando en algunos cursos universitarios). Es por esto que aventuramos una explicación sobre el tema, enfocando en particular la fase negativa" de la prescripción, con el sincero propósito de agregar al conocimiento estudiantil un criterio más, que informe al instituto en cuestión y que permita al alumno tomar partido en las diferentes corrientes que existen en cuanto al punto y pueda determinar, sino la correcta, la que más se le acerque, y así salvaguardar el recinto

universitario de influencias nefastas y en especial las mentes jurídicamente virginales de los estudiantes de los primeros niveles.

2) Un vistazo histórico.

La prescripción se ha manifestado en dos formas distintas, las que se han dado en llamar "positiva, o adquisitiva" y "negativa, o extintiva o liberatoria". De estas dos modalidades, la más antigua es la negativa, por cuanto la positiva no es más que la elaboración de aquella atendiendo a sus efectos y no a su naturaleza.

Esto es así por su relación con lo que hoy llamamos "derechos reales". Primero debemos recordar que, para los romanos, los derechos (reales o personales) no eran concebidos como los entendemos hoy, (divorciados el "derecho", de la actuación ante el órgano jurisdiccional), sino en una forma de consubstanciación del derecho con la acción que lo tutelaba. En efecto, tanto en el sistema de las acciones de la ley, como en el formulario, el Colegio de los Pontífices y el Rey, primero, y luego los cónsules y posteriormente los pretores, tenían una especie de lista (Edicto) taxativa de soluciones jurídicas (acciones o fórmulas) de la cual no se podían desviar. La única excepción a tal regla la constituyó el Pretor Peregrino, en un principio, y posteriormente el Urbano (después de la Lex Aebutia de Formulis, de 130 a.C.) que pudo crear las "acciones concretas".¹ Estas acciones no estaban contempladas en el Edicto Pretorio, que era la lista taxativa de acciones y excepciones que el magistrado iba a usar durante su magistratura, pero el hecho de verse obligado a crear acciones para el caso concreto no contemplado en el Edicto, nos muestra muy claramente esa unión indisoluble, esa identidad entre el derecho como lo conocemos nosotros, y la acción correlativa.

Todo esto viene a que, en tratándose de acciones reales (tutelares de nuestros derechos reales) la adquisición por prescripción fue desconocida, en un primer estadio, para los romanos. En Roma, y hasta bien entrado el Imperio, no se adquirirían derechos por prescripción, sino que el titular de la acción real perdía la expectativa de salir victorioso en juicio si no la ejercía dentro de determinado tiempo, por cuanto, por transcurrido, el demandado adquiriría la posibilidad de oponerse a tal acción con asegurado éxito. Por ejemplo: Cornelio vende a Cayo un fundo mediante mancipatio, la que resulta nula por un vicio de forma siendo por ello ineficaz. Tal ineficacia provoca que el dominio no se haya transmitido. Si

* Exprofesor de Obligaciones del Colegio Académico; Profesor de Derecho Romano de la Escuela Libre de Derecho.

Cornelio ejerciera una acción reivindicatoria sería indefectiblemente victorioso (salvo si actuaba de mala fe, porque su acción se paralizaría con una Exceptio Dolí). Ahora bien, si no la ejercía dentro del período necesario, Cayo podría paralizar la actio rei vindicatio de Cornelio con la Excepción de Prescripción. Esto nos muestra que Cayo, pasado el período de prescripción, no se hacía "dominum ex iure quiritium", sino que simplemente podía oponerse contra el reclamo de cualquiera, incluso del legítimo dueño lo cual era así por cuanto a Cornelio le prescribió la Actio Rei Vindicatio. Entonces: no había habido una prescripción adquisitiva para Cayo, sino una negativa para Cornelio. Cayo no adquirió el derecho de propiedad, sino que Cornelio perdió la acción.

Ahora bien; si Cayo fuese despojado no tenía acción reivindicatoria (por no ser dominus), sino que se le otorgó simplemente la "Actio Publiciana", que, como se sabe, fue la acción ordinaria posesoria; es decir, se le tutelaba su derecho de posesión, mas no su propiedad. Pero como la acción publiciana tutelaba también la propiedad pretoriana o bonitaria (ficción de la propiedad civil para el caso de que alguno de los requisitos faltara o fuera viciado, pero se subsanara en justicia y equidad con el justo título y la buena fe), y como en sus efectos reales ambas propiedades eran iguales, y en el tanto en que, al fin y al cabo para Cayo los efectos reales también eran los mismos, se determinó que si la cosa era mancipi, él era romano y con los tres estados (al igual que el demandado), se le relevaría del requisito de la actio rei vindicatio que consistía en probar su derecho derivado de todos sus transmitentes hasta el origen de Roma (la célebre "probatio diabólica de los medievales) indicándoseles que sólo debería probar tal derecho por cierto número de años. Esto significó, sin más que adquiriera el derecho de propiedad,² porque tal era la consustanciación entre propiedad y acción reivindicatoria. No es hasta ese momento, entonces, que nace la prescripción adquisitiva. Todo lo dicho vale en tratándose de acciones reales. Pero, como dijimos supra, en el comienzo lo prescrito era (negativamente) la acción; y en virtud de ese fenómeno que hemos dado en llamar "consustanciación", consecuentemente podríamos decir modernamente que también perdió el derecho. Ahora bien; la excepción de prescripción que nacía para Cayo era potestativa, es decir, Cayo decidía si la ejercía o no, lo que significa que, si la ejercía "mataba" la acción de Cornelio, si no, tal acción permanecía "Viva". Valga esto para aclarar un punto de una vez: era el ejercicio en forma de tal excepción lo que mataba la acción de Cornelio. Y no moría por la simple inacción y el transcurso del tiempo.

No obstante, si todo esto fue cierto para las acciones reales, no lo fue igual para las personales. La prescripción no

afectó a las acciones nacidas de los distintos tipos de créditos, en Roma, sino hasta mucho después, siendo obra de los griegos tal creación. La prescripción a que hicimos referencia hasta ahora se llamó realmente "usucapio". Los griegos conocían una institución similar y que abarcaba incluso a los créditos y que los romanos llamaron "praescriptio". Tal institución apareció debidamente normada recién hasta una Constitución Imperial de Teodosio II, que fue reafirmada y modificada posteriormente por Justiniano.³

La institución en cuestión funcionó exactamente igual a lo comentado supra: el acreedor que no ejerciera la acción de cobro dentro del plazo establecido por la norma perdía la expectativa de salir victorioso en juicio, por cuanto el deudor podía paralizar su acción mediante la excepción de prescripción. Consecuentemente se deducen las mismas características: la excepción era potestativa y la acción era "matada" por el ejercicio en forma de la excepción; si no, la acción seguía su curso "Viva", hasta el cobro efectivo, lo que significó, también, que la acción no "moría" por la inercia de su titular y el transcurso del tiempo sino por el ejercicio apropiado de la excepción de prescripción. De aquí en adelante, ya que hemos sentado las bases históricas que son fundamentales para el análisis correcto del instituto, nos avocaremos exclusivamente al principal efecto de la prescripción negativa en su relación a las obligaciones. Como el nombre que la doctrina le ha puesto lo indica, tal prescripción o niega, o extingue o libera, y la doctrina se ha debatido en dos flancos: ¿qué se extingue? ¿La acción o el derecho?

3) ¿Se extingue la acción?

De lo que explicamos en el punto anterior, no nos cabe la menor duda de que para los romanos la acción era la afectada por el plazo de prescripción (hecha la salvedad de lo dicho en cuanto a la causa de su "muerte"), pero ¿es igual en el derecho moderno? Prima facie, sí. En efecto, y a modo de ejemplo, dice el art. 1188 CCROU, en lo conducente: "La prescripción es un modo de adquirir o de extinguir los derechos ajenos. En el primer caso se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala. En el segundo, se pierde la acción por el no uso de ella en el tiempo señalado por la ley"; y el art. 868 CCCR.: "Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años". Y de la misma manera, otros códigos.⁴

Aún más, la doctrina autorizadísima sostiene: "por otra parte, cuando un derecho se encuentra alcanzado por la prescripción extintiva, no es el derecho el que desaparece, sino la posibilidad para el acreedor de reclamar su ejecución judicialmente: lo prescrito es la acción judicial, no el derecho".⁵

Para continuar en la resolución de este problema, se debe indicar que los romanos realizaron su monumental obra jurídica sobre el gran sistema de las acciones. Como se mencionó antes, derecho y acción era un todo indisolublemente unido. Esto significó, desde los ojos modernos, un panorama jurídico que se caracterizó por no dividirse en Derecho Sustancial y Derecho Procesal, sino que eran uno y el mismo.

Pero esto ya no es así.⁶ Desde que Winscheid planteó por vez primera en la ciencia moderna del derecho el problema de la *actio romana*, el derecho procesal se ha disparado como disciplina autónoma, que al tener como objeto cierta área del discurso jurídico, la ha analizado, criticado, y disciplinado según métodos y reglas propias. Tal situación llevó necesariamente al análisis de las instituciones particulares de tal normativa, y en especial, las instituciones de la acción y de la excepción. Desde Winscheid, y pasando por Mühler, Degenkolb, Wach, Goldschmidt, Guasp, Prieto-Castro, Gómez Orbaneja, Pairen Guillen, Alcalá-Zamorá, Chiovenda, Carnelutti, Los Rocco, Alsina, Couiure, etc., el concepto de acción ha tenido diferentes contenidos, menos el original romano. Unos opinan (los abstractistas) que es el derecho (subjetivo, o potestativo, o facultativo, etc.) genérico de acudir a los tribunales (derecho a la jurisdicción, a la tutela jurídica, a la prestación jurisdiccional, etc.) que se ejerce ante (o contra) el Estado, o ante (o contra) el Juez. Este concepto coincide con el "*ius actionandi*" (o "*ius ut procedatur*"), pero no con la *actio*.⁷

Otros opinan que es el derecho concreto a la sentencia favorable, o a la tutela de un derecho actualizado, etc.⁸ Y aún hay otros que opinan que el problema doctrinario de la acción es ya intrascendente, tal como el Maestro Alcalá-Zamorá y Castillo.⁹

Lo cierto es que, si la acción es un derecho (de cualquier clase que sea) inherente a toda persona jurídica por imperio de la Constitución, y que es genérico en cuanto a "derecho a accionar", mal puede extinguirse por prescripción. Quizás no se pueda ejercer por razones de incapacidad, pero jamás perderse en vida. Y si es un derecho de cualquier clase que sea, más concreto, tampoco se extingue por prescripción por cuanto, si no se opone la excepción correlativa se dictará sentencia válida y eficazmente condenatoria. Y esto es así porque se prohíbe al Juez subrogarse a la voluntad del demandado en interponer tal excepción. (V. gr.: arts. 1191 CCROU; 2223 CCNAP.)^{10 11}

Chiovenda explica claramente: "La acción está sometida a un término más o menos largo dentro del cual debe ser ejecutada; de no serlo, según los casos, o se extingue sin más decadencia (-y aquí el autor habla de caducidad)- o bien

el demandado adquiere el poder de anularla con la excepción de prescripción".¹²

Lo anterior demuestra que la prescripción no extingue la acción "sin más decadencia", lo que sí hace la caducidad. A todo lo dicho se le puede agregar otro argumento que no por ser gramatical es de menor valor:

Todos estamos acostumbrados a utilizar el verbo "prescribir" en forma directa. Esto nos lleva a decir: "tal cosa prescribe' a tal tiempo", corro si algo dentro de la cosa hiciera la prescripción; algo así como un mecanismo de autodestrucción. Por lo menos a nosotros nos evoca esas películas de ciencia ficción donde en el momento de máximo suspenso alguien opera el mecanismo y una voz femenina de computadora dice: "la nave se auto destruirá en sesenta minutos", y empieza una cuenta regresiva que advierte cuánto tiempo queda para interrumpir el proceso y salvar la nave. ¿No parece lo mismo que la voz diga: "la nave prescribirá en sesenta minutos"? ¿O que una jurídica voz diga el primer día del mes: "los intereses del mes que acaba de vencer y su correspondiente acción se autodestruirán en un año"?

Lo interesante es que, si bien todos estamos acostumbrados a la forma directa "prescribe", lo cierto es que las legislaciones y doctrinas usan la forma "se prescribe". Por ejemplo, el art. 1215 del CCROU: "Todas las acciones reales **se prescriben** por treinta años...", y el art. 868 CCCR: "Todo derecho y su correspondiente acción **se prescriben** por diez años"; e incluso llegamos al extremo que alguien tan desactualizado e impreciso como Brenes Córdoba, también utiliza esta forma.¹³

Y esto no es ni capricho, ni estilo literario, es simplemente la forma correcta de legislar, así como se dice "se prohíbe", o "se permite", o "se faculta", o "se establece", o "se crea", etc. "Se prescribe" equivale a decir: "se establece un plazo de prescripción...", lo que significa que al punto en cuestión se les somete a las reglas de la prescripción. De esta parte ya podemos sacar una conclusión parcial: la prescripción no extingue la acción, a pesar de que los textos legales y los Mazeaud así lo afirmen. Y esto es cierto aún para los romanos, no obstante, lo que afirmamos al principio, por cuanto si bien la *actio* es afectada por el plazo de prescripción, no es extinguida automáticamente por el vencimiento de dicho plazo y el no ejercicio durante él, sino por la inserción de la **exceptio** en la fórmula.

4) ¿Se extingue el derecho?

Habíamos afirmado antes que en Roma la excepción de prescripción extinguía la *actio*, y **por consecuencia** el derecho. Este efecto es deducido en el derecho moderno en

atención a que de alguna manera hay que explicar modernamente el matrimonio actio-derecho tutelado. Pero en puridad de verdad, con el ejercicio de la exceptio, sólo se afecta la actio. En virtud de lo explicado acerca de esa relación íntima entre actio y derecho, y de la elaboración del asunto "actio" en el derecho procesal moderno, y en el tanto de la subordinación conceptual del derecho procesal al sustantivo, la conclusión de que se extingue el derecho parece obvia. No obstante, esto, el punto no es así. En efecto, se podría afirmar sin mayor audacia que para los romanos el derecho sustantivo dependía de la actio por estar todo el sistema jurídico contraído sobre tales bases. Ya hemos explicado que nuestro sistema no es igual.

Nuestro ordenamiento está construido sobre conceptos sustantivos y entiende que la ciencia procesal debe adaptar sus instituciones a la efectiva realización del derecho sustantivo. Esta inversión de los órdenes ha determinado no pequeños grados de confusión en aquellas instituciones, para nosotros sustantivas, que para los romanos fueron esencialmente procesales. Explicándonos mejor: cuando el derecho procesal se independiza del sustantivo y se dispara alimentándose a sí mismo con las instituciones decretadas sustantivas, pero con un proceso de digestión y asimilación propios, quitó a las instituciones sustantivas su "cuerpo" procesal para dejarlas sólo con el "alma" sustantiva. Eso significó que tales instituciones existieran en su forma "espiritual" y así debieron ser estudiadas y explicadas, lo que realizó, entre otras, la Escuela de los Conceptos. Tal erradicación debería conducir, como condujo, al mismo resultado que se produce cuando a cualquier cosa se le quitan sus bases y fundamentos sin fortalecerla de otro modo: se quiebra o se cae.

Esta eliminación del "cuerpo" procesal de las instituciones, se decretó para todas y cada una de ella. Cada institución sustantiva se debía ver **sola**. En realidad, de verdad, nadie se creyó del todo el asunto, a tal grado que tanto Códigos como doctrinas siguen hablando hasta el día de hoy de "acción pauliana", "reivindicatoria", "commune dividundo", "subrogatoria", "publiciana", "concurzal", "inhibitoria", "de divorcio", etc. Toda esta confusión tendría que afectar a la prescripción y así fue. Para demostrarlo basta recordar los arts. 1188 CCROU; y 868 CCCR, ya citados.

Para la doctrina y la legislación, y con base en los argumentos que demuestran que no se extinguen las acciones, se concluye por exclusión, que se extinguen los derechos, alegándose que las menciones a la acción son "resabio del oscurantismo".

Desde el punto de vista legal, el art. 865 CCCR dice: "Por prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo". Ante tal claridad no parece haber

nada que discutir. A su vez, el art. 1188 CCROU citado dice en su párrafo primero: "La prescripción es un modo de adquirir o extinguir derechos ajenos". Igual claridad. Desde el punto de vista doctrinario, hay quien sostiene lo mismo. Por ejemplo: GAUDEMET: "La prescripción extingue la obligación por el transcurso del tiempo";¹⁴ OSPINA: "... consumada la prescripción por el lleno de los requisitos legales pertinentes, la obligación, o mejor aún, el crédito respectivo, se extingue civilmente...".¹⁵ En el mismo sentido, pero haciendo las salvedades que se dirán, PÉREZ VARGAS: "...por la prescripción se crea una situación de certeza mediante la cual se considera extinguido un derecho. Hecha la aclaración, debe agregarse que lo que 'se pierde' es el derecho y no la acción".¹⁶

Para demostrar que estos puntos de vista son incorrectos basta un pequeño argumento: primero hay que aclarar que para que opere la prescripción son necesarios dos datos: el transcurso del tiempo y la inercia del titular del derecho durante él.¹⁷ Si las cosas fueran tan simples como la ley y la doctrina creen, la prescripción operaría de pleno derecho. Pero eso no es así. La necesidad de la actuación del deudor, pero en su calidad de demandado, al oponer la excepción de prescripción, hace que el sólo hecho del transcurso del tiempo y la inercia del acreedor, no extingan nada. Habría siempre sentencia condenatoria ejecutoria. Desde el punto de vista de la doctrina clásica, con sólo lo dicho basta para demostrar el error conceptual. Pero abundemos: RIPERT y BOULANGER dicen: "la prescripción cumplida da al deudor una excepción perentoria contra el acreedor, es decir un medio de defensa de fondo que le permite rechazar la demanda sin pagar";¹⁸ e incluso BRENES CÓRDOBA: "De esto se desprende que por tal medio la ley no trata de dar por cancelada la deuda, sino de conceder al obligado un modo indirecto de liberación".¹⁹ No obstante que de lo citado se puede deducir que estos autores conocían exactamente el instituto, lo cierto es que, a la postre, consideraban la extinción del derecho.

Ahora bien; aun cuando, atendiendo a la doctrina clásica que indica que la naturaleza de la prescripción negativa es un modo de extinción de los derechos, y esto es fácil de refutar, no lo es tanto a la luz de la doctrina moderna.

En efecto, el Dr. Pérez Vargas, inspirado en el Maestro Falzea, explica el fenómeno de distinta manera, aunque llega a iguales conclusiones. Partiendo de la teoría de las situaciones jurídicas²⁰ pasa a la de las transformaciones,²¹ todo dentro de la Gran Teoría de la Eficacia Jurídica.

Analizando los efectos de la prescripción negativa, indica el respetabilísimo autor nacional, que tal instituto tiene naturaleza distinta a la sostenida por el clasicismo, diciendo que es una transformación jurídica de carácter preclusivo que

resuelve la incerteza debida al transcurso del tiempo.²² Esto es así por su carácter ambivalente en el tanto en que una situación jurídica que nace a favor de un sujeto y que necesita de su actuación para la realización del valor que ella encarna, por su naturaleza no puede permanecer eternamente en ese estado de "pendencia", por atentar contra el principio de certeza. El transcurso del tiempo parece ir debilitándola hasta que al fin muere (o debería morir) de vieja. Pero esto no significa que tenga eficacia innovativo-extintiva (sostiene el Dr. Pérez), sino preclusiva. Esta preclusión significa que la situación de cierta se transformó en incierta, y por prescripción se transformó en cierta de nuevo.²³

Hasta ahí el asunto parece claro y hasta podríamos estar de acuerdo. El problema surge en cuanto a qué es lo que sucede en la realidad. (El verdadero efecto de la fattispecie o su conveniencia). El Dr. Pérez sostiene: "El no oponer la respectiva excepción implica admitir la deuda; tal admisión no tiene el efecto conservativo-fortalecedor como lo tiene el reconocimiento de la deuda, sino que tiene más bien, eficacia constitutiva, pues la obligación preexistente había dejado de existir".²⁴

Tal posición, para nosotros, es insostenible. Si la obligación preexistente había dejado de existir, entonces la prescripción tuvo eficacia innovativo-extintiva, y no preclusiva. La no oposición de la excepción no implica la constitución de una nueva situación jurídica, sino el rehusar ejercitar el mecanismo que **REALMENTE** extinguiría la obligación, es decir, el estado de libertad que supuestamente tiene el deudor de una obligación prescrita, no es constituido en una situación vincular por la no oposición, sino que ese estado de libertad **NO EXISTIÓ**, sino que surge con el ejercicio de la excepción en el momento preciso; teniendo la tal excepción la eficacia innovativo-extintiva de que hablamos.

Si el demandado-deudor no opone la excepción de prescripción, la seténela será condenatoria. Sin embargo, la excepción de prescripción podrá ser interpuesta aún en segunda instancia y hasta el límite: inmediatamente antes de que estén citadas las partes para sentencia. (Art. 224 CPCCR).

Si la no oposición de la excepción tuviera eficacia innovativo-constitutiva, como se pretende, no podría ser interpuesta la excepción en ningún momento que no fuera el común para las excepciones perentorias (art. 223 ib.), y después, si y sólo si, se fundamenta en hechos posteriores. Pero lo cierto es que la excepción de prescripción es una de las que la doctrina mal llama "privilegiadas". ¿Por qué la ley procesal otorga la tal fuerza a dicha defensa? Por cuanto la obligación no se extingue por el solo transcurso del tiempo y la inercia del titular, sino por el EJERCICIO EN FORMA

(incluyendo sabiamente la fuerza que le otorga el art. 224 citado) de la excepción de prescripción. Si la prescripción tuviera el carácter innovativo-extintivo que se le quiere dar (a pesar de llamársele preclusivo), debería operar ipso iure, o a lo más otorgar una excepción perentoria común, pero jamás privilegiada. La no oposición a la demanda basándose en la prescripción, no tiene eficacia innovativo-constitutiva, que signifique la transformación de la situación jurídica de libertad en una vincular, sino simplemente que la situación vincular anterior SUBSISTE, y tiene plena eficacia, porque aquél que tenía el poder de liberarse no lo usó.

El ejercicio en tiempo de la excepción sí tiene eficacia innovativo-extintiva, por cuanto es hasta ahí que llega la obligación y por esa razón se extingue.

Lo anterior se demuestra todavía con otro argumento positivo: el art. 6 CPCCR dice: "Cuando se hubiere seguido un juicio sobre la validez de una obligación, no se admitirá después acción tendiente a demostrar con nuevos motivos que la obligación no llegó a nacer o que adoleció de vicios que la hicieran anulable.

Pero **salvado el caso de la prescripción**, si las excepciones que tuviere aquél contra quien se pronunció sentencia se refieren a hechos por los **cuales se hubiere extinguido la obligación**, y si no se hubieren opuesto en el juicio, se podrá después, en uno nuevo, reclamar contra el pago hecho o mandado hacer en virtud de la sentencia". La eficacia preclusiva de la prescripción radica en que, por vencido el plazo sin que el acreedor haya actualizado el cobro, su situación cambia al otorgársele al deudor la posibilidad de extinguir la deuda sin pagar, sin que el reconocimiento de la deuda realizado fuera de dicho período pueda afectar lo precluido, es decir, la reposición a la situación anterior.

Ahora bien, todo esto no es invento ni descubrimiento nuestro, es sólo la forma más clara y correcta de entender el fenómeno jurídico en estudio. Es más, con gran claridad (a pesar de la confusión a la que tantas veces nos hemos referido), el CCROU dice en su art. 1447: "Los modos generales se extinguirse las obligaciones son: ...80) La **excepción** que resulta de la prescripción con arreglo a lo dispuesto en el Título VII del Libro III".

Y se acabó el problema.

La prescripción, como tal, no extingue los derechos, aunque casi todos clamen porque así es.

Y esto no puede ser de otra manera pues a tal conclusión se llegaría sencillamente con sólo prestar atención a lo que sucede en la realidad, independientemente de lo que se diga. Veamos: Juan tiene un crédito contra Pedro. Tal obligación

se torna exigible. Empieza a correr el plazo de prescripción (recordemos el "se prescribe"). Si dentro del plazo Juan ejerce su derecho ante los tribunales, Pedro sucumbirá indefectiblemente (salvo por otra excepción perentoria). Si Juan ejerce su derecho después de vencido el plazo de prescripción, su situación jurídica a precluido, ya es distinta, por cuanto Pedro tiene a su favor el poder de paralizarla mediante el ejercicio de la excepción de prescripción. Juan está ahora en una situación incierta. Si Pedro no ejercita la excepción, nada ha pasado. La obligación que estaba viva producirá su efecto de fundamentar una sentencia condenatoria. Si Pedro la ejercita, el Juez lo absolverá.

5) Conclusión.

Como pudimos ver, la prescripción no extingue ni la acción ni el derecho. Pero ha llegado el momento de llamar la atención sobre un fenómeno interesante: Hemos hablado de dos cosas distintas abarcadas bajo el término "prescripción": como transformación jurídica y como plazo o institución; y esto ha sido así por la anfibología del término, su vaciedad de contenido a la luz de su historia y la oscuridad moderna del concepto. Ya RIPERT Y BOULANGER lo dijeron: "La palabra prescripción por sí misma está desprovista de todo valor jurídico. En el procedimiento romano la palabra praescriptio era la denominación de un medio de defensa acordado por el pretor. Privada de la indicación de su causa para la cual era dada la excepción, la expresión carece de sentido, pero ha pasado al lenguaje corriente".²⁵

La prescripción como tal, podemos afirmar ya, es una transformación jurídica de carácter preclusivo que tiene como efecto que una-situación jurídica que ha devenido incierta por el transcurso del tiempo, se transforme en cierta por medio del surgimiento para el titular del deber, de una defensa potestativa que, en caso de ser usada de manera apropiada, extinga esa situación jurídica vincular, dando nacimiento a una situación jurídica de libertad.

El contenido del párrafo anterior, en términos menos italianizados es: En toda obligación, por vencido el plazo de prescripción, el deudor adquiere la excepción que le permitirá extinguir la deuda sin pagar. Por consiguiente, la obligación no se extingue por prescripción y menos aún, la acción para su cobro. La causa de tal extinción la encontramos en el ejercicio adecuado de la excepción que nace de ella, tal como lo menciona el art. 1447 inc. 8a del CCROU. Tal punto de vista es sostenido, además, por la doctrina que, por ejemplo, dice: "El acreedor que no ejercite su crédito durante largo tiempo no pierde su crédito, pero sí la posibilidad de ejercitarlo, si el deudor no se aviene a ello"²⁶ Y es este "avenirse" lo que caracteriza al instituto, pues se manifiesta en el no uso de la excepción correspondiente.

Como todo debe cerrarse con un volver al principio, los romanos (en su ignorancia) terminan por aclararnos lo que falta. Efectivamente, en materia de extinción de las obligaciones, en Roma se conocieron sólo dos modos: uno al que se le llamó "ipso jure", y otro que se denominó "ope exceptionis"; el primero era por el simple peso de la ley, independientemente de la disponibilidad del deudor; y el otro, dependiente de su voluntad. En un principio, el modo "ipso iure" coincidía sin residuos con el pago (solutio), luego con otras modalidades, a todas las cuales se les englobó bajo tal categoría, como la compensación, la remisión, etc.

El modo "ope exceptionis" era el que agrupaba aquellas modalidades que no extinguían la obligación, sino que hacían surgir para el deudor-demandado una excepción que, por ejercida, extinguía la deuda. Tal era el caso de la prescripción y el pacto de non petendo, entre otras. Como se puede observar, tal bipartición es perfectamente útil hasta el día de hoy. Algo tan sencillo y claro como lo expuesto por los romanos (a quienes tanto les debemos y tan poca atención prestamos) no es tomado en cuenta ni por nuestro Código Civil, ni por nuestra doctrina, lo que ha llevado, más que a la modernización y adecuación del instituto, a su total tergiversación, pérdida del sentido de las proporciones y a su oscuridad concomitante. Nada hay más alejado de la realidad histórica y actual que el art. 865 CCCR., y lo peor es que de una manera totalmente irreflexiva, demostradora de ninguna profundidad y carente de todo rigor científico, se pretenda conservarlo en vísperas de reformas sustanciales al Cuerpo de los Cuerpos jurídicos de una nación civilizada, al proponerse al IX Congreso Jurídico Nacional, la reforma a la materia de la prescripción.

Cuando se leen las actas y las ponencias en la Comisión de Obligaciones de dicho Congreso, salvo muy honrosas excepciones, (la preclara ponencia del Dr. Pérez, por ejemplo), con profunda tristeza y no menos profunda desilusión, se detecta una separación tal entre lo expuesto (sobre todo en cuanto a la prescripción negativa), y la realidad científica, política y social, que vuelven a resonar los oídos de aquellos que no se han dejado de cautivar por los sonos de las perniciosas sirenas de la ignorancia, las brillantes palabras con que el joven Savigny, le dijo al pueblo y al foro alemán: ¡ALTO AHÍ!

La vigencia de las penetrantes observaciones savignianas es tal, hoy por hoy, y para nuestra realidad y actualidad, que prometo que sobre ello volveremos en un próximo artículo, tomando a su vez, la vigencia de los estudios romanistas y el efecto que su ignorancia produce. Mientras tanto, y cerrando esta breve exposición, podemos decir que: si bien tenemos ahora, aparentemente, la oportunidad de arreglar las cosas, de "modernizar",

"transformar" y "adecuar" las instituciones a nuestra realidad, no se puede tomar ningún derrotero para movernos sin antes saber dos cosas: dónde estamos, y a dónde queremos llegar. Sólo después se podrá elegir el mejor camino para llegar allí. No podremos "adecuar" la prescripción si no sabemos qué es y cómo queremos que sea, y porqué ambas cosas son así. Cuando lo sepamos y sólo en ese momento, sabremos como lograrlo. Por lo tanto, y estando la mar en calma, levantemos los vientos favorables de la sabiduría y la prudencia, de la única manera posible: ¡a estudiar...!

NOTAS

1. MANAVELLA, Carlos. **CURSO DE DERECHO ROMANO**, Vol. I; Ed. Ars, San José, 1982; pp. 328 y ss.; y ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: **INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973; p. 146.
2. IGLESIAS, Juan: **DERECHO ROMANO**, Ed. Ariel, Barcelona, 1979, p. 298.
3. ARANGIO-RUIZ, V.: Op. cit., p. 447; D'ORS, Álvaro: **DERECHO PRIVADO ROMANO**, Ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1977; p. 223; e IGLESIAS, J.: Op. cit., p. 191. En realidad, la "usucapio y demás formas similares, antes de esta época, estaban afectadas a un régimen de caducidad; tal era lo referente a las acciones pretorias penales y las edilicias. La prescripción griega que fue asimilada a la usucapio por Teodosio II, había sido consagrada ya, para los otros casos, por dos rescriptos de Septimio Severo y Caracalla.
4. OSPINA, Guillermo: **RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES**; Ed. Temis S.A., Bogotá, 1984; p. 505.
5. MAZEAUD, Henri, et al.: **LECCIONES-DE DERECHO CIVIL**, I parte, Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, año desconocido; p. 380.
6. OSPINA, G: Op. Cit p. 501.
7. MONTERO AROCA, J.: Op. cit. pp. 114 y ss.
8. Ib. pp. 131 y ss.
9. Dice el Maestro Alcalá-Zamora: "Si la acción es realmente como creemos, uno de los tres conceptos fundamentales de nuestra disciplina, ello habrá de traducirse necesariamente en que sea un elemento constructivo a la vez esencial, útil y trascendente. Si en contra de lo que entendemos, en la acción concurren caracteres opuestos a los que acabamos de señalar, si sólo hubiere servido para producir a partir de Winscheid, una literatura brillante pero más bien logomáquica y confusa, sin más repercusión que la de reservarse un capítulo-homenaje en las obras doctrinales, probablemente habría llegado la hora de que los

procesalistas... le organizásemos unos solemnes funerales... concentrásemos nuestros esfuerzos en otras direcciones". (Citado por Montero Aroca, op. cit. P. 111)

10. BRENES CÓRDOBA, Alberto: **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**; Ed. Juricentro S.A.; San José, 1977; p. 209; y RIPERT, Georges; et al.: **TRATADO DE DERECHO CIVIL**, Tomo V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965; p. 632.
11. COLLEGIVM ACADEMICVM: **ANTOLOGÍA DE DERECHO COMERCIAL III**, 1985; p. 67.
12. CHIOVENDA, Giuseppe: **INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL**, Vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954; p. 35 (aunque el autor considera que es la acción la que prescribe).
13. BRENES CÓRDOBA, A.: Op. cit. p. 210.
14. GAUDEMET, Eugéne: **TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES**, Ed. Porrúa, México, 1974; p. 450.
15. OSPINA, G: Op. cit. 517.
16. UNIVERSIDAD DE COSTA RICA: **ANTOLOGÍA DE DERECHO PRIVADO**, 1983; p. 346 (Vid. también, p. 345).
17. Ib. p. 344.
18. RIPERT, G. et al.: Op. cit. p. 631.
19. BRENES CÓRDOBA, A.: Op. cit. p. 209.
20. UNIVERSIDAD DE COSTA RICA: Op. cit. p. 18.
21. Ib. p.21.
22. Ib. p. 22; y 138 y ss.
23. De ahí lo citado en nota 13.
24. U.C.R.: Op. cit. P. 345.
25. RIPERT, G. et al.: Op. cit. p. 614.
26. VON THUR, Andrea: **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**, Tomo III, Ed. Reus S.A., Madrid, 1934; p. 175. Además, Vid. Brenes supra nota 19; y Ripert, supra nota 18.
27. ARANGIO-RUIZ, V.: Op. cit. pp. 148 y 437.

ABREVIATURAS:

- CCCR: Código Civil de Costa Rica.
CCROU: Código Civil del Uruguay.
CPCCR: Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica. CCNAP: Código Civil Napoleón.