

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LOS DERECHOS, LAS ACCIONES Y LAS PRETENSIONES: UN NUEVO ENFOQUE

*Sebastián Irún Croskey*¹

“La curiosidad intelectual es la negación de todos los dogmas y la fuerza motriz del libre examen”.

José Ingenieros

1. INTRODUCCIÓN

La distinción de los conceptos de caducidad y prescripción tiene relevado interés académico como también práctico. En efecto, la gran mayoría de los textos de Introducción al Derecho, de Derecho Civil, Derecho Laboral, y por decirlo de alguna manera, de todas las otras materias jurídicas, como Derecho Administrativo, Tributario, entre otras, tratan acerca de la caducidad y de la prescripción. Así también, las obras de Derecho Procesal se refieren a estos conceptos jurídicos, siendo lugar común temas como la “caducidad de la instancia”, “excepción de prescripción”, “caducidad de la acción”, etc.

¹ Abogado, egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” con Diploma de Honor “Distinguido” (1998); Profesor Titular de Derecho Romano II de la Universidad Americana (desde 2001 hasta la fecha); Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Integración de las Américas (UNIDA); Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, dirigida por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso (1999-2000); miembro fundador de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista (2000); integrante del Estudio Jurídico MORENO RUFFINELLI & ASOCIADOS desde 1996.

Asimismo, las leyes civiles, penales, laborales y procesales; los programas de estudio de las Universidades; las sentencias judiciales; la doctrina; y la cultura jurídica en general, se refieran a la “prescripción de la acción” y a la “caducidad del derecho”. En la teoría y la práctica jurídica se emplea con frecuencia esta terminología, entendiéndose que “prescriben las acciones” y “caduca el derecho”. Obviamente, toda la tradición jurídica avala estos conceptos, al punto de que entrar a discutirlo podría ser considerado una suerte de herejía.

Sobre la base de la distinción de los conceptos de acción, pretensión y derecho subjetivo, que entran en juego en el proceso, he aceptado el desafío de intentar el cambio de este paradigma (por no decir dogma) de nuestra “ciencia jurídica”; y si ello no resultara posible, me contentaría al menos con lograr abrir el debate que lleve a un esclarecimiento de los conceptos y una correcta interpretación de las normas jurídicas que rigen los institutos de la caducidad y la prescripción.

2. OBJETO DE LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN

Antes de entrar a analizar en qué consisten la prescripción y la caducidad (noción que la mayoría de los abogados sospechamos), debemos ir al objeto o ámbito de aplicación de los mismos. Cuando decimos que “hay una caducidad o una prescripción”, advertimos que (necesariamente) debe haber “algo” que caduca o prescribe: este algo es, en la terminología forense convencional, el derecho o la acción.

Para la tradición jurídica o lo que llamaré “la teoría dominante”, lo que caduca es el derecho subjetivo y lo que prescribe es la acción. Esto se refleja muy claramente en el Código Civil, que a modo de ejemplo, se refiere a “la prescripción de la acción de garantía” (Art. 635); a que “no prescriben... la acción de impugnación de los actos nulos” ni “la acción para demandar a los herederos por la restitución de los bienes...” (Art. 658 incisos “a” y “c”); que “prescriben por cinco años las acciones...” (Art. 660), entre otros.

Con respecto a la caducidad, el Art. 634 del CC la define así:

“Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico sólo existan por tiempo determinado... no están sujetos a prescripción.”

Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho"².

Como simple muestra de lo que sostiene la teoría dominante, basta la opinión de De Gásperi y Morello:

*"...la prescripción extingue la acción e indirectamente el derecho del que emana y sólo da lugar a una excepción. La caducidad por el contrario extingue directamente el derecho por la omisión de su ejercicio en el tiempo prefijado y engendra una acción"*³.

También debemos señalar que en otros casos, la ley directamente utiliza el término "prescripción" para aludir al derecho: "No estarán sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia" (Art. 633, *in fine*). Pero aun así, predomina la idea de que lo que prescribe es la acción.

En cuanto al Código Laboral, el desorden es aun mayor: de un lado, el Art. 400 dispone en su inciso "c", que prescribe a los sesenta días "la acción para dar por terminado un contrato de trabajo por causas legales"; pero del otro, el Art. 401 estipula:

"Si transcurridos treinta días desde aquél en que el empleador tuviera conocimiento de una causa justificada, para separar al trabajador sin responsabilidad legal, no ejercitase sus derechos, éstos quedarán prescriptos".

Vale decirlo, para la ley laboral prescriben los derechos y también las acciones, como si se tratara de la misma cosa.

Siguiendo con la exposición, y aunque parezca algo trivial, conviene establecer si el derecho a que se refieren la caducidad o la prescripción, es el derecho en sentido objetivo o subjetivo. Nos inclinamos por la segunda opción. Como bien lo explica el profesor MORENO RUFFINELLI, el denominado derecho subjetivo "es la facultad que tiene

² El artículo tiene su fuente en el Anteproyecto de Bibiloni.

³ De Gásperi, Luis y Morello, Augusto (colab.); "Tratado de Derecho Civil", Buenos Aires, TEA, 1964, p. 400.

el hombre de desarrollar su propia vida jurídica, o la *facultas agendi*⁴. A su vez, CAPITANT lo define como “prerrogativa perteneciente a una persona y que le permite exigir de otra, prestaciones o abstenciones”⁵. Por tanto, parece claro que el derecho que está sujeto a caducidad o prescripción es el derecho subjetivo, dado que lo que caduca o prescribe es el derecho de una persona de realizar ciertos actos en concreto cuya disponibilidad le es conferida por la ley (o derecho en sentido objetivo).

Con respecto a la acción, la precisión del concepto resulta mucho más complicada, dado que nuestra tradición y nuestra cultura jurídica todavía no han logrado desembarazarse de la antigua identificación de “derecho subjetivo” y “acción” proveniente del antiguo derecho romano, que ve en la acción al mismo derecho subjetivo armado y puesto en pie de guerra. La teoría procesal moderna (desde inicios del siglo pasado), a pesar de sus generosos intentos y de su credulidad de haber llegado al objetivo; tampoco ha logrado despejar el camino: siguen allí presentes los resabios de la añeja creencia.

Estos rasgos aparecen en el Código Procesal Civil, cuando legisla acerca de la “excepción de falta de acción”, que no es otra cosa que la excepción de “falta de derecho” o de “legitimación” del demandante para obtener del demandado es la satisfacción de la pretensión reclamada (porque el derecho no existe o porque el que demanda no es el titular del derecho o el demandado el obligado a satisfacerlo); de la “acción subrogatoria”; de la “acción autónoma de nulidad”, sólo por citar algunos casos.

También es producto de esta falsa noción sobre la acción procesal el intento de clasificación de las acciones (acciones declarativas, constitutivas, de condena; reales, personales y mixtas; etc.), cuando lo que podría ser clasificado es la *pretensión*, es decir, el contenido material o derecho en concreto cuya satisfacción se requiere y que es portado por la acción procesal; pero no ésta. Así, son las pretensiones las que pueden calificarse y clasificarse como declarativas, constitutivas, etc.⁶.

4 Moreno Ruffinelli, José Antonio. “Derecho Civil. Parte General. Personas”, 6ª. Edición (actualizada), Asunción, Intercontinental, 2003, p. 30.

5 Cit. por Moreno Ruffinelli; op. cit., p. 30.

6 Sobre el punto, ver: Alvarado Velloso, Adolfo. “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Primera parte”, reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.

Sobre la acción se han dado las más variadas e imaginativas definiciones: se ha dicho que se trata de “un derecho potestativo y autónomo”, que tiene una persona para dirigirse a un Tribunal y obtener de él un pronunciamiento acerca de su derecho (CHIOVENDA, ALSINA); que es un “derecho concreto de obrar” (WINDSCHEID); un “derecho público subjetivo” (GOLDSCHMIDT y muchos otros); un “poder jurídico” (CALAMANDREI); una “especie del derecho constitucional de peticionar a las autoridades” (COUTURE); que es un “derecho abstracto y autónomo de provocar la actividad jurisdiccional del Estado” (LIEBMAN y otros) ⁷.

Pero a decir verdad, ninguna de estas teorías y definiciones ha logrado explicar el fenómeno: como certeramente lo señala ALVARADO VELLOSO, todas se limitan a fotografiarlo, a describirlo superficialmente, pero sin penetrar en su esencia, en su verdadero contenido.

Para traer luz sobre el asunto, resumiremos brevemente la teoría de los profesores Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso (con alguna licencia del autor de este artículo).

El **accionar** (*agere*): indica movimiento, actividad humana. Si llevamos esto al campo del derecho, el movimiento, la actividad jurídica se realiza en esencia cuando el individuo reclama, requiere o exige su derecho (lucha por su derecho, en la terminología de Ihering). Y para ello, dirige su reclamo (de algo) a alguien: el Estado, dado que en toda sociedad civilizada se da por sentado que nadie puede hacerse justicia por mano propia. Este acto de reclamar o pedir está representado por un **instar**, que implica un promover, propulsar, impulsar. A esto se le da el nombre jurídico de instancia. Normalmente decimos que abre o introduce una **instancia** aquél que pide o requiere un determinado procedimiento ordenado a obtener una resolución. Por eso, (el Diccionario de la Real Academia Española define la palabra instar como “apretar o urgir la pronta ejecución de algo”⁸). Así, la instancia tiene como fin un procedimiento; y el procedimiento, la sentencia.

⁷ No pretendemos dar una revisión exhaustiva a todo lo que se ha dicho sobre la acción, porque sería traer más confusión sobre el tema. Para el efecto, puede consultarse Devis Echandía, Hernando; “Teoría General del Proceso”, 2ª. Edición, Buenos Aires, Universidad, 1997, pp. 173 y sgtes.

⁸ 22ª. Edición, 2001.

Ahora bien, en el mundo jurídico existen nada más que cinco tipos o especies posibles de instancias, de las cuales las cuatro primeras son unilaterales y sólo la última, bilateral:

- a) **La petición**, mediante la cual el solicitante (el que insta) pretende que el Estado resuelva acerca de un derecho o una cuestión que le compete directamente a él: por ejemplo, un pedido de permiso para instalar un local de venta de cierta mercadería. El sujeto que recibe el pedido (el Estado) es el que decide si va a conceder o no, o a satisfacer la pretensión del peticionante;
- b) **El *reacertamiento***, en nuestro léxico “reconsideración” de un pedido ya resuelto con anterioridad, a fin de que el superior de la autoridad que la dictó, verifique si lo resuelto se halla o no ajustado a la ley;
- c) **La queja**, que consiste en el pedido realizado ante el superior del órgano, para que conmine al inferior a realizar una actividad determinada y, en su caso, le imponga alguna sanción. Es típico en nuestro derecho procesal el “recurso de queja” por retardo de justicia. Sin embargo, no es queja la que se interpone contra la denegación de un recurso: sino es claramente un “recurso” o “reacertamiento”;
- d) **La denuncia**, mediante la cual el particular pone en conocimiento de la autoridad un hecho que interesa a la ley, para que se tomen las medidas correspondientes; por ejemplo, que ha ocurrido o es inminente que ocurra un delito.
- e) **La acción procesal**, que es la única instancia bilateral, a través de la cual una persona requiere de la autoridad (o el Estado) la satisfacción de un derecho que no puede ser satisfecho por él, sino por una tercera persona con quien necesariamente debe integrarse la relación jurídica: el demandado. Como el Estado no puede resolver acerca del derecho de un tercero sin la participación de este, debe “bilateralizar” o “proyectar” la instancia, citando a este último para que concurra a la defensa de su derecho, que se efectuará a través de un procedimiento establecido por la ley y que culminará con una sentencia (si no se producen otros

modos de extinción del proceso entablado). Aquí el sujeto que recibe la instancia del actor, cumple el papel de Juez, encargado de resolver el conflicto transformado en litigio, luego del cumplimiento de sucesivas instancias bilaterales que serán desarrolladas por las partes en su presencia.

Tenemos así que “la acción procesal es la instancia proyectiva o necesariamente bilateral”⁹. He ahí su carácter distintivo y esencial. No obstante, se podría decir que el acto de instar a la autoridad sigue siendo un derecho (porque es un acto lícito), sin que por ello pueda confundirse el hecho de instar con el objeto de la instancia. La acción (o instancia bilateral) es un fenómeno jurídico completamente distinto de las demás instancias; y a su vez, la instancia es un fenómeno jurídico distinto del derecho subjetivo o material que podría o no tener a su favor el que insta¹⁰.

En estas condiciones, ya esclarecidos los conceptos de “derecho” y “acción” a que se refieren la caducidad y la prescripción, pasaremos a analizar estos últimos.

3. DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

A fin de evitar la trascripción de definiciones y más definiciones, y partiendo de la base de que tanto la prescripción como la caducidad entrañan la idea de la pérdida o la extinción de un derecho o facultad merced al transcurso del tiempo y la inactividad del sujeto, resumiré, de acuerdo con la “teoría dominante”, las principales diferencias entre caducidad y prescripción¹¹:

9 Alvarado Velloso, Adolfo; op. cit., p. 41.

10 Parece bastante evidente que el hecho de que exista una denuncia no implica que el hecho denunciado sea cierto o efectivamente se corresponda con la realidad; tampoco, el hecho de que se promueva una instancia con respecto a un tercero que necesariamente debe ser bilateral (es decir, una acción), no trae aparejado que el que insta o acciona tenga derecho.

11 Seguimos en esta parte la obra de Puig Brutau, José. “Caducidad, prescripción extintiva y usucapión”, 3ª. Ed., Barcelona, Bosch, 1996; y Caseux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, 2ª. Edición, La Plata, Librería Editora Platense, 1996, p. 290.

- (i) La caducidad extingue el derecho mismo, mientras que la prescripción sólo afecta a la acción judicial correspondiente, dejando subsistente el derecho como obligación natural;
- (ii) La prescripción afecta a derechos que han nacido con vida en principio ilimitada y sólo por su inactividad durante un plazo bastante prolongado, pueden quedar extinguidos. En contrapartida, la caducidad afecta a derechos que la ley concede con vida ya limitada de antemano, que se extinguirán fatalmente cuando haya transcurrido el plazo que les ha sido impuesto de manera taxativa;
- (iii) La prescripción no se producirá nunca automáticamente por el sólo transcurso del tiempo, sino que debe ser alegada y opuesta en tiempo oportuno por el interesado. En cambio, la caducidad puede ser declarada de oficio por parte del juez y no requiere ser opuesta por el demandado como excepción;
- (iv) La caducidad no está sujeta, por lo general, a las causas de suspensión y de interrupción que valen para la prescripción;
- (v) La caducidad afecta casi siempre a derechos potestativos, “en el sentido de que atribuyen a una persona la potestad de producir, mediante su declaración de voluntad, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con eficacia respecto a otros sujetos de derecho”¹². En puridad, se requiere una declaración de voluntad unilateral del sujeto para “mantener vivo” o para crear un derecho, por ejemplo, los derechos de opción preferente y el llamado “pacto de mejor comprador”, que exigen del beneficiario una declaración oportuna de voluntad so pena de perder el beneficio o derecho que tenía. Por el contrario, nada de esto sucede con la prescripción extintiva: el acreedor o sujeto activo, goza de un derecho más duradero, por lo que la ley establece causas de suspensión e interrupción de la prescripción;
- (vi) Los plazos de prescripción son generalmente prolongados, en tanto que los de caducidad, en principio, son breves;

12 Puig Brutau, op. cit., p. 40.

- (vii) La prescripción resulta siempre de la ley y se funda en un interés social de dar seguridad al tráfico jurídico; mientras que la caducidad puede provenir también de convenciones particulares.

En conclusión, la doctrina coincide en que la caducidad extingue al derecho subjetivo mismo; mientras que la prescripción lo hace con la acción¹³.

4. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN

A partir de lo expuesto, surge la importancia práctica de la cuestión:

Tratándose de un plazo de caducidad, el juez puede decretar de oficio la extinción del derecho o la acción, sin necesidad de que el demandado la alegue. Así también, siendo la caducidad de orden público, el demandado puede alegarla en cualquier momento o etapa del proceso, y no sólo hacerla valer al inicio como excepción.

En cambio, la prescripción —como lo hemos visto— no puede ser opuesta ni declarada de oficio por el juez (ya que es renunciable expresa o tácitamente, Art. 640 del C. Civil); es más, debe ser opuesta tempestivamente ya con la contestación de la demanda (en el proceso de conocimiento ordinario), ya con la citación para oponer excepciones en los demás tipos de procesos ejecutivos, etc.).

Finalmente, creemos que aún cuando en el Art. 224 del Código Procesal Civil no aparezca la “caducidad del derecho o de la acción” como una de las excepciones previas, puede ser opuesta como tal, porque precisamente la razón de ser de las excepciones previas; es evitar la tramitación inútil de un proceso que bien puede ser extinguido al inicio; sin perjuicio de que si el juez ni el beneficiado con la caducidad de la acción la advierten, puede ser ella articulada en cualquier momento del proceso.

¹³ Boffi Boggero, Luis María. “Tratado de las obligaciones”, Buenos Aires, Astrea, 1981, T. 5, pp. 278 y sgtes., resume los comentarios de Salvat, Borda, Bibiloni, Lafaille, Salas, Arauz Castex, Spota, Colmo, De Gásperi, Rezzónico, Llambías y otros. Todos coinciden en esta tesitura que he llamado la “teoría dominante”.

5. ENUMERACIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS DE CADUCIDAD

Algunos de los plazos de caducidad que se encuentran en el Código Civil, independientemente de que el Código los designe como plazos de prescripción, de caducidad o simplemente omita aclarar de qué se trata, son los siguientes:

- El de sesenta días, para demandar la nulidad del matrimonio por vicios del consentimiento (Art. 182, CC);
- El de sesenta días para promover la demanda de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (Art. 239, CC);
- El de tres y diez días, tratándose de bienes muebles e inmuebles, respectivamente, que tiene el vendedor para ejercer su derecho de preferencia, si se la hubiera pactado (Art. 772, CC);
- El plazo de seis meses para impugnar la resolución tomada por asamblea en una sociedad anónima (Art. 1098, CC);
- El plazo de tres días que tiene el tomador o beneficiario de una póliza de seguro para denunciar el siniestro, bajo pena de perder el derecho a la indemnización (Art. 1589, CC).

Por ende, en estos casos, la extinción de la acción o del derecho puede ser declarada de oficio por el juez, o a pedido de parte en cualquier etapa del proceso; a diferencia de la prescripción, que —reiteramos— debe ser opuesta por el interesado en la primera oportunidad en que ejerza el derecho a la defensa (oposición de excepciones o contestación de la demanda).

6. UNA NUEVA PERSPECTIVA: LA TEORÍA DE ALVARADO VELLOSO

Siguiendo con la discusión acerca de qué es lo que caduca y prescribe, daremos una breve reseña de la posición del profesor ADOLFO ALVARADO VELLOSO.-

Congruente con su teoría de la acción, el ilustre jurista rosarino logra poner en evidencia el equívoco en que incurre la teoría clásica o dominante al sostener que lo que prescribe es la acción. Veamos lo que dice al respecto:

*“Si el demandado no opone en tiempo útil la excepción de prescripción... el juez debe sentenciar acogiendo la pretensión. ¿Puede decirse que pereció el derecho de acción? Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción?”*¹⁴.

Partiendo de la base de que la acción es una instancia bilateral, absolutamente independiente de la pretensión y del derecho subjetivo que se invoca, no se puede entender que el objeto de la prescripción sea la acción: la acción, como fenómeno de índole procesal en el que una persona (pretendiente y actor) insta a la autoridad la formación de un procedimiento que será necesariamente bilateral (se sustanciará con un demandado), no es susceptible de extinguirse por prescripción. Esta afirmación se confirma con el solo hecho de que bien puede ocurrir que la prescripción sea alegada como un medio general de defensa con la contestación de la demanda (Art. 233, Código Procesal Civil); con lo cual el juez, recién luego de concluida la serie procesal, deberá juzgar en la sentencia, si existió o no la prescripción.

Se infiere de lo anterior que si se desarrolló toda la serie de actos procesales (sucesión de instancias bilaterales) hasta llegar a su conclusión, no puede ser cierto que la prescripción haya “extinguido la acción” (ni que sea capaz de extinguirla). Concluye así ALVARADO VELLOSO que la prescripción extingue el derecho (esto es, el derecho subjetivo invocado por el actor y que sustenta su pretensión), y no la acción (por ser ésta un fenómeno puramente procesal).

Por otra parte, al ser la caducidad de orden público, determina de manera inexorable la *imposibilidad de accionar*: como el juez puede —y debe— declarar de oficio y en cualquier estado del proceso, la caducidad surge con toda claridad que lo que caduca no es el derecho (que debe ser declarado en la sentencia), sino la propia acción. La ley dispo-

¹⁴ Alvarado Velloso, op. cit., p. 91.

ne que en ciertos casos en que un derecho no se ha ejercido o sobre el cual el interesado no se ha pronunciado en un lapso determinado, se le priva a éste de la potestad de accionar, de promover una instancia tendiente a obtener del juez un procedimiento (y a su vez una sentencia). Precisamente, del hecho de que la caducidad pueda ser declarada de oficio y en cualquier momento, se infiere que el proceso que se hubiera iniciado a pesar de la caducidad, se reputa inválido e inocuo a los fines del derecho: la caducidad ha extinguido así la acción, al derecho mismo de accionar; y sólo indirectamente al derecho material o de fondo.

Coincidente con ello, en presencia de la caducidad, ya no se juzga acerca del derecho subjetivo que pudo haber invocado el actor, porque la ley le niega al juez la potestad de procesar y resolver acerca de él. En consecuencia, lo que caduca no es el derecho subjetivo, sino la acción.

7. NUESTRA TESIS: PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN Y CADUCIDAD DE LOS DERECHOS (POTESTATIVOS O DE OPCIÓN) Y DE LA INSTANCIA (O LA ACCIÓN)

La redacción de este artículo me ha presentado dos obstáculos que creía insuperables: (i) el problema de la obligación natural derivada de la obligación civil ante la cual el deudor opone satisfactoriamente la prescripción (declarada en juicio); y (ii) el de la caducidad de derechos potestativos que no necesariamente dan fundamento o requieren ser ejercidos mediante una instancia a la autoridad (o una acción).

7.1. el problema de la obligación natural. la prescripción de la pretensión.

Refiriéndose a las obligaciones naturales, el Art. 1820 del CC dice:

“No procede la repetición de lo pagado espontáneamente cumpliendo deberes morales o sociales, salvo incapacidad del que pagó. Tampoco procede la repetición de la prestación cumplida con finalidad contraria a la ley o a las buenas costumbres”.

En la Argentina, no quedan dudas de que la obligación civil prescripta se conserva como obligación natural, ya que el mismo Código Civil (Art. 515) así lo establece, con el efecto jurídico de que aún

luego de opuesta y declarada la prescripción, si el deudor espontáneamente paga, no puede repetir lo pagado (porque se entiende que ha pagado lo que debía “naturalmente”).

En nuestro país, si bien no existe una norma que declara específicamente que la obligación prescripta vale como obligación natural, consideramos que el supuesto cae dentro de lo que el Art. 1820 (arriba transcrito) denomina “cumplimiento de deberes morales o sociales”, con el efecto antes señalado.

La teoría de ALVARADO VELLOSO, que reivindicamos en este trabajo, sostiene que “prescriben los derechos” y “caducan las acciones”. Sin embargo, la tesis de que prescriben los derechos, no logra explicar el fenómeno de la obligación civil que se ve extinguida por la prescripción opuesta por el deudor y acogida por la sentencia, que subsiste como obligación natural. En efecto, si lo que extingue y aniquila la prescripción es el derecho subjetivo mismo, ¿cómo puede éste sobrevivir como obligación natural?

La única respuesta posible a esta interrogante es que lo que prescribe es la pretensión, y no la acción ni el derecho. La solución se debe al original aporte de ENNECCERUS y WOLFF, quienes sostienen:

*“La prescripción se refiere únicamente a las pretensiones, nunca a los derechos que no son pretensiones. Por tanto, si... otros derechos, especialmente los derechos potestativos, están vinculados a un plazo, se tratará siempre de caducidad”*¹⁵.

WINDSCHEID entiende por pretensión “la dirección del derecho subjetivo a la sumisión de la voluntad ajena, o sea el derecho mismo en su dirección contra otras personas”¹⁶.

Siguiendo esta idea, ALVARADO VELLOSO define la pretensión como una “declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena”¹⁷.

15 Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin. “Tratado de Derecho Civil”, Parte General (por Ludwig Enneccerus), Volumen Segundo, 1ª. Edición, 13ª revisión por Hans Nipperdey, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1944.

16 Citado por Enneccerus, Kipp, Wolff, op. cit., pp. 458-459.

17 Op. cit., p. 99.

La conclusión es elocuente: la prescripción no fulmina a la acción (como lo sostenían normalmente los Códigos vigentes); tampoco al derecho (puesto que este subsiste como obligación natural); sino a la **pretensión**. Es el mismo objeto concreto de la acción (aquello que el actor pretende sea dado, hecho o declarado en su favor) el que se extingue por la prescripción.

En igual sentido se pronuncia el reconocido jurista español Luis DIEZ-PICAZO, quien citado por PUIG BRUTAU entiende que

*“Puede ponerse en duda que en la prescripción exista un auténtico efecto de extinción del derecho considerado, y así lo demuestra el hecho de que el pago de la deuda prescrita no sea un pago indebido, cuya restitución pueda reclamarse”*¹⁸.

Los conceptos de acción, pretensión y derecho subjetivo se hallan íntimamente relacionados de la siguiente manera: la acción consiste en el acto de pedir (instar) a la autoridad que forme un procedimiento; la pretensión es lo que se pide a la autoridad que conceda luego de cumplido aquel procedimiento (por ejemplo, que se pague una suma de dinero); y el derecho subjetivo es lo que da fundamento o razón a la pretensión, de tal suerte que si aquélla no está amparada o respaldada por el derecho, deberá ser rechazada.

De lo anterior se deduce que la sentencia, en puridad, no hace lugar a “acciones”, ni tiene por objeto inmediato declarar “derechos”: simplemente, acoge o deniega pretensiones, peticiones concretas formuladas por el actor de la demanda de que se le conceda algo (sin perjuicio de que “lo pedido” sea la declaración de un derecho, que la pretensión sea *declarativa*). La respuesta lógica y necesaria a una petición (sea ella una pretensión jurídico-procesal o de cualquier otra índole), es un “sí” o un “no”: una concesión o una denegación de lo pedido; y no una declaración de fundamentos o “derechos” (independientemente de que éstos existan). El hecho de que la “respuesta” o decisión del juez deba estar motivada por el derecho y no por su apetencia personal o

18 Diez-Picazo, Luis, “La prescripción”, p. 28; citado por Puig Brutau, José, op. cit., pp. 38-39.

alguna otra regla de juicio, no implica que la sentencia exprese antes un juicio de valor (declaración del derecho) que la respuesta a una pretensión (sentido del pronunciamiento)¹⁹.

La tesis de que la prescripción extingue la pretensión (y no a la acción ni el derecho), explica, satisfactoriamente, la naturaleza misma de la obligación natural (art. 1820, CC): consiste ella en una obligación que no faculta al acreedor a exigir del deudor la prestación adeudada, pero si éste paga, el acreedor puede retener lo pagado (*solutio retentio*). De ahí que cuando se hace lugar a la defensa de prescripción opuesta por el deudor, la declaración no extingue la acción (la cual necesariamente se llevó a cabo como presupuesto del reconocimiento de la prescripción), ni el derecho (el cual subsiste como derecho u obligación natural), sino la pretensión del acreedor: "Lo que se pide" ha perecido, porque no se pidió dentro del tiempo prefijado por la ley y ya no se lo puede "pedir" más.

Al mismo tiempo, la idea de que la prescripción opera sobre la pretensión, es la única compatible con el fenómeno de la subsistencia de la relación obligatoria y el derecho de crédito, cuando la prescripción ha sido renunciada expresa o tácitamente por parte del deudor.

Dice DIEZ-PICAZO:

*"De igual modo, la renuncia expresa o tácita a la prescripción y la simple falta de oposición por parte del deudor, demuestran que la relación obligatoria y el derecho de crédito no se han extinguido para renacer después, sino que han continuado existiendo"*²⁰.

Por tanto, si el derecho ha seguido existiendo y la acción ha podido ser promovida sin éxito, no puede concluirse que la prescripción extinga el derecho ni tampoco a la acción: lo que se extingue es —insisto— la pretensión (y no otra cosa).

Dice Alvarado Velloso: "La pretensión es el motivo de la controversia y ésta el tema sobre el cual ha de versar necesariamente la sentencia" (op. cit., p. 99).

Diez-Picazo, Luis, "La prescripción", p. 28; citado por Puig Brutau, José, op. cit., p. 39.

7.2. La caducidad de los derechos potestativos

Se ha visto que la teoría de que “caduca la acción” y no el derecho, es ampliamente explicativa para el fenómeno de los derechos sometidos a caducidad, que para su ejercicio requieren la promoción de una acción, por ejemplo, el caso del Art. 239 del C. Civil, que establece un plazo de sesenta días para promover la demanda de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio; o ya promovida ella, la realización de un acto de impulso o continuación, en el caso de la “caducidad de la instancia” (Arts. 172 y siguientes del CPC).

Sin embargo, la teoría falla cuando se trata de derechos puramente potestativos, o “derechos de opción”, que no necesariamente deben ser ejercidos mediante la promoción de una acción, sino solamente requieren de un acto positivo o negativo por parte del interesado (por ejemplo, el derecho de preferencia en los contratos de compraventa, Arts. 771 y siguientes del CC; el derecho de preferencia de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada para adquirir las cuotas cedidas por un socio, Arts. 1167 y s.s. del CC). BIBILONI, en su definición de caducidad trasugada por el Art. 634 del CC, distingue claramente uno y otro supuestos, estableciendo que los derechos de este tipo, que sólo existen por tiempo limitado, “caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho”.

Esto nos muestra que existen dos tipos de caducidad: (i) una que sólo puede ser evitada, si se deduce la acción respectiva; y (ii) otra que para ser repelida no requiere más que el ejercicio directo del derecho. Es decir, algunos derechos caducan si no se promueve la acción y se deduce con ella la pretensión respectiva, o una vez iniciada, no se la impulsa mediante los actos idóneos; y otros, caducan por el solo vencimiento del plazo, si no se los ejerciere directamente (sin necesidad de una instancia o acción).

En el primer caso, cuando la ley exige que el interesado promueva una acción, caducará ésta, transcurrido el plazo dispuesto por la ley, sin que haya deducido la acción, que ya no podrá hacerlo con posterioridad; y si lo hiciera, el juez estará obligado, de oficio, a declarar la caducidad y, por ende, la extinción del proceso. Es la potestad de instar la que se extingue, sin pronunciarse ya la autoridad acerca de la pretensión (ni indirectamente sobre el derecho).

En el segundo supuesto (de los derechos potestativos, que deben ser directamente ejercidos), no podría entenderse que lo que caduca es la acción, puesto que no se requiere el ejercicio de la misma para que los derechos sean válidamente reconocidos o no pierdan su existencia. ¿Qué acción deberá promover, para que no perezca el derecho, quien tenía una opción o derecho de preferencia? Ninguna. Simplemente, debe ejercer "el derecho" a través de una declaración de voluntad expresa. No precisa promover una instancia o una acción. En suma, cuando se trata de un derecho potestativo (que no requiere ser reconocido judicialmente), la falta de ejercicio del mismo dentro del plazo señalado por la ley o por la convención, se produce la caducidad del propio derecho subjetivo, que ya no podrá ejercerse en lo sucesivo.

Tanto es así que en este supuesto de caducidad de los derechos potestativos, cuando proviene de la voluntad de las partes, nada obsta a que las mismas modifiquen el plazo dentro del cual debía ser ejercido de común acuerdo, o inclusive encomienden a un tercero que lo fije. Esta circunstancia lo separa diametralmente de la caducidad de acciones (o de instancia), cuyo término siempre es fijado por la ley, por ser de orden público.

Por lo expuesto, en un caso caducan las acciones (cuando el derecho subjetivo conferido por la ley debe ejercerse a través de una instancia a la autoridad para que se pronuncie sobre una pretensión fundada en aquél); y en el otro caducan los derechos potestativos.

8. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO LABORAL

Como se ha visto, la distinción entre la caducidad y la prescripción es más que relevante: si el plazo de treinta días que tiene el empleador "para separar al trabajador" (Art. 401, CT) es de caducidad y no de prescripción, se llega indefectiblemente a la conclusión de que el plazo para promover la demanda de justificación de despido por parte del empleador (en los casos en que la ley lo requiere) es de sesenta días (Art. 400 inc. "c", CT). De lo contrario, debería continuar prevaleciendo la solución actualmente brindada por la doctrina y la jurisprudencia, de que el plazo de que dispone el empleador para promover la demanda de justificación de despido prescribe a los treinta días. Así lo ha resuelto el Tribunal de Apelación en lo Laboral, Primera Sala (Capi-

tal): "El Tribunal entendió que... habían transcurrido los 30 días previstos por el Art. 401 prescribiendo la acción del empleador" (A.I. No. 261, 1996).

Esta última posición se refleja en el comentario del Dr. Jorge Darío CRISTALDO:

"Prescripción de la acción de justificación de despido. La acción de justificación de despido de un trabajador efectivo o con estabilidad adquirida, prescribe a los treinta días desde aquél en que el empleador tuviere conocimiento de la causa legal invocada para exonerarse de responsabilidad ante el trabajador a quien despidió... El Art. 398 inc. c) (prescripción de 60 días) es inaplicable en este caso"²¹.

A continuación, el mismo autor funde los dos conceptos –caducidad y prescripción–, asignándoles el mismo valor:

"Prescripción-caducidad. El derecho del empleador a despedir por 'causa justificada', caduca al no ejercerlo a tiempo. [...] si el empleador decide despedirlo sin responsabilidad legal debe promover la acción de justificación dentro de los treinta días de haber conocido la causa que invoca... Si lo hace fuera de ese plazo, sus derechos caducan y cabe oponer la prescripción"²².

Con todo respeto, disintimos con la opinión citada, por los siguientes motivos:

- (i) En primer lugar, la tesis es lógicamente contradictoria, y por ende, insostenible. Ya hemos visto que caducidad y prescripción son dos cosas completamente distintas; sin embargo, aquí el autor entrelaza solo en uno ambos conceptos: en un primer momento dice que "la acción de justificación de despido prescribe a los trein-

21 Cristaldo, Jorge Darío; "Legislación laboral paraguaya", Asunción, Ed. Litocolor, 1995, p. 302. Conviene aclarar que el Art. 398 inc. c) invocado por el autor no existe; indudablemente el comentario alude al Art. 400, que en su inc. c) fija la prescripción de sesenta días.

22 Cristaldo, op. cit., pp. 302 y 303.

ta días”, pero seguidamente dice que “el derecho del empleador caduca”. Finalmente, ¿se trata de un plazo de prescripción o de caducidad?

- (ii) En segundo lugar, si bien no existe una “excepción de caducidad” en el derecho paraguayo, ello no es óbice para denunciar la caducidad a fin de que el juez la declare, ya que inclusive puede ser declarada de oficio. No se trata de una defensa que requiera ser articulada (como es la prescripción) en un momento procesal determinado, por lo cual constituye un despropósito sostener que en presencia de la caducidad “cabe oponer la prescripción”. A la caducidad convendría llamarle con su propio nombre y no “prescripción”, y viceversa. De ahí que tampoco sea justificado oponer una “excepción de prescripción”, cuando en realidad se está denunciando o alegando la caducidad de un derecho potestativo.
- (iii) Tercero, parece un despropósito ignorar que la ley ha previsto expresamente que prescribe por sesenta días “la acción para dar por terminado un contrato de trabajo por causas legales”. Es impensable que el legislador haya introducido dos términos de prescripción diferentes para la misma “acción” (la de justificación del despido por parte del empleador)²³. El supuesto está, con toda evidencia, subsumido en el citado Art. 400 inciso c) del Código del Trabajo. De ello no queda la menor duda.

Alcance del Art. 401 del Código del Trabajo

Ahora bien, si el derecho de demandar la justificación del despido por parte del empleador prescribe a los sesenta días (como sostenemos), ¿cuál es el alcance del Art. 401 del CT, que establece la “prescripción” de treinta días para que el empleador separe al trabajador una vez que haya tenido conocimiento de una causa de justificación del despido?

A todas luces, se trata de un plazo de caducidad (y no de prescripción), porque se refiere a un derecho potestativo. Este plazo, que tiene

²³ Donde dice “acción”, debería decir “pretensión”.

el empleador “para separar al trabajador”, no es sino un plazo que la ley fija al empleador para que fije una posición, imponiéndole la carga de una declaración de voluntad expresa y positiva con relación al trabajador, a fin de mantener la seguridad y certeza en las relaciones jurídicas.

“Separar al trabajador” no quiere decir “promover una demanda de justificación de despido”, como indirectamente lo entiende la postura que estoy criticando. Cuando las cosas son sencillas, sería bueno verlas de esta manera y no complicarlas artificialmente. “Separar al trabajador” no podría significar otra cosa que comunicar al trabajador, de manera directa, la voluntad de resolver (no rescindir, porque la rescisión se da por mutuo consentimiento; *distractus*) el contrato de trabajo, conminándole a que se aparte de sus tareas. En este sentido, el empleador tiene treinta días contados desde la fecha en que tuvo conocimiento (certeza) de que ocurrió una causal de despido, para comunicar al trabajador que aquél ha hecho uso de la opción (o derecho, si se prefiere), que le otorga la ley para dar por terminada la relación laboral. ¿Y qué otra cosa más que esto puede ser la caducidad?

Aun así, podríamos preguntarnos: ¿Por qué se trata de un supuesto de caducidad y no de prescripción, si la referida norma dice que los derechos del empleador “quedarán prescriptos”? Veamos el porqué:

- (i) Porque se trata de un plazo breve (30 días), mientras que el de prescripción es más largo (60 días);
- (ii) Porque el plazo señalado no puede interrumpirse ni suspenderse más que por el ejercicio del derecho en cuestión o el acto positivo en este caso requerido (la separación del trabajador). Por ejemplo, aunque el trabajador haya reconocido la causal de despido, si el empleador no comunicara su decisión dentro del plazo de treinta días de haberse conocido aquélla, se producirá la caducidad y no podrá hacerlo después, ni tampoco podrá promover la acción de justificación dentro de los treinta días subsiguientes: ésta habrá caducado y el juez, de oficio, podrá rechazarla. Tampoco es aplicable el caso fortuito o la fuerza mayor, que sí valen para la prescripción (Art. 404, CT);

(iii) Porque es potestad del empleador separar o no al trabajador. Se trata, pues, de un derecho potestativo, típicamente sometido a la caducidad por el solo transcurso del tiempo.

Nótese, además, que el Art. 401 del CT rige para todos los casos, sea o no estable el trabajador: el empleador sólo tiene treinta días para comunicar que ha hecho uso de la opción de disponer el despido, desde que tuvo conocimiento o certeza de la producción del hecho justificatorio del despido. Después no podrá hacerlo más; por razones de seguridad jurídica y orden público, habrá quedado consentida la continuación de la relación laboral. No obstante, se debe convenir en que si el empleador instruye un sumario para investigar el hecho, el plazo no comienza a correr sino cuando la investigación haya concluido, en la inteligencia de que para que opere una consecuencia tan gravosa como la caducidad, debe haber evidencia de la existencia de la causal atribuida al trabajador y no una mera hipótesis o conjetura al respecto.

Por otro lado, el plazo de sesenta días para promover la demanda de justificación de despido sólo es aplicable para el caso del trabajador con estabilidad adquirida, que no puede ser despedido sino previa comprobación judicial de una causa de justificación de despido (Art. 95 del CT).

Se advierte que el supuesto legislado por el Art. 401 del CT, en cuanto derecho de opción del empleador de dar por terminada la relación laboral, sujeto a un plazo, es prácticamente idéntico al derecho de opción que las partes establecen en los contratos de compraventa con pacto de preferencia (Art. 771, C. Civil). En éste, el vendedor dispone de un plazo de tres días (cosas muebles o incorpóreas) y de diez días (inmuebles) para recuperar el bien vendido, toda vez que iguale las condiciones ofrecidas por otro adquirente; si no lo hace o no se pronuncia, decae el derecho de preferencia que tenía y ya no puede ejercerlo *a posteriori*.

Aunque la redacción del Art. 401 del CT sea confusa en tanto dispone que "los derechos... quedarán prescriptos", la sola presencia de esta derivación de la palabra prescripción no constituye por sí misma fundamento de que se trate de un plazo de prescripción y no de caducidad. Hace tiempo que la interpretación jurídica ha abandonado el dog-

ma de la esclavitud al texto de la ley; lo cual se advierte en la interpretación de los actos jurídicos: se juzga el contenido real del acto y no la denominación que las partes le hayan dado (Art. 300 del CC)²⁴. Es incuestionable que en el caso de la norma indicada, la palabra "prescriptos" debió haber sido suplantada por "caducos" o "extinguidos por caducidad".

Tampoco se puede pasar por alto que los Arts. 400 y 401 del Código del Trabajo vigente corresponden con total exactitud a los Arts. 390 y 392 del antiguo Código del Trabajo. Por ende, y como argumento de peso, vale citar la opinión del maestro FRESCURA Y CANDIA:

*"Plazo extintivo de la acción para dar por terminado un contrato de trabajo en virtud de causas legales. ...En consecuencia, conforme a lo previsto en el apartado c) del art. 390, la acción del empleador para rescindir un contrato de trabajo por acto unilateral disolutivo fundado en las causas previstas en el art. 83 e imputables al trabajador, prescribe a los sesenta días"*²⁵.

A su vez, refiriéndose al Art. 392 (actual Art. 401) del Código decía:

*"La disposición normativa del art. 392 se fundamenta en la negligencia del empleador de no haber ejercido su derecho, dentro del plazo legalmente establecido. Tal circunstancia subjetiva induce el abandono del derecho por su titular"*²⁶.

En estas condiciones, y a tenor de lo expuesto, se advierte que una cosa es "ejercer el derecho" de despedir al trabajador, para lo cual la ley establece un plazo de treinta días, y otra muy distinta, promover

24 Código Civil, Art. 300: "La calificación jurídica errónea que del acto hagan las partes no perjudica su eficacia, que se juzgará según el contenido real del mismo. Cuando hubiese en un instrumento palabras que no armonicen con la intención reflejada en el acto, prevalecerá ésta."

25 Frescura y Candia, Luis P. "Derecho paraguayo del trabajo y de la seguridad social", 2ª Edición, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 810.

26 Op. cit., p. 811.

una acción (en la cual se deduce una pretensión), para lo cual la ley asigna un plazo de sesenta días.

Otro elemento que debe ser considerado es que la prescripción corre desde la fecha en que "ocurrió la causa que dio motivo a la terminación"; mientras que la caducidad corre desde la fecha en que "se tuviera conocimiento de una causa justificada, para separar al trabajador sin responsabilidad legal".

Por tanto, el plazo de "prescripción de la acción" de justificación de despido dispuesto por el empleadores de sesenta días contados a partir de la fecha en que ocurrió la causal; mientras que el plazo de caducidad del derecho del empleador de separar al trabajador sin responsabilidad legal, es de treinta días, desde el momento en que se tuviere conocimiento (o certeza) del hecho.

9. CONCLUSIÓN

Por años se ha venido repitiendo que la prescripción afecta las acciones y la caducidad los derechos, sobre la base de que a todo derecho subjetivo corresponde una "acción", la cual, cuando no se ejerce dentro del plazo establecido por la ley, prescribe y deja inerte al derecho.

Cuando el viejo paradigma deja de responder a las necesidades de la comunidad científica (en nuestro caso, la conformada por los operadores del derecho: magistrados, abogados, docentes y estudiantes), inevitablemente se produce su sustitución por un nuevo paradigma, que recoge las enseñanzas y los errores del anterior²⁷.

Así, creemos que el viejo paradigma plasmado en la ley, en la jurisprudencia de los Tribunales, en la doctrina y en la enseñanza universitaria, ha quedado, si no refutado, al menos, en serio entredicho:

²⁷ Kuhn considera los paradigmas "como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" (Kuhn, Thomas S., "La estructura de las revoluciones científicas", 16ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, trad. Agustín Contin, p. 13).

ya no podría decirse, como cosa normal, que la prescripción extingue las acciones (como lo refiere el Código Civil); que la caducidad es lo mismo que la prescripción (como lo hace el Código del Trabajo); o que la caducidad afecta solamente a los derechos (y no a la acción).

Si el objeto de la sentencia es acoger o denegar una pretensión, surge que la prescripción no extingue la acción (porque, de todas formas, la instancia será proyectada, dando origen al proceso); tampoco al derecho (porque aun si la prescripción fuera opuesta y declarada, la obligación subsistiría como derecho natural; y si no lo fuera, también subsistiría), sino a la propia pretensión.

Por otra parte, cuando los derechos deben ser ejercidos mediante la introducción de una instancia que ha de ser necesariamente bilateral (por tanto, una acción) y la ley establece que luego de un plazo determinado ya no podrán éstos ser ejercidos; se produce la "caducidad de la acción" (e indirectamente la extinción de los derechos): el juez no está habilitado, ante la instancia extemporánea del interesado, a bilateralizarla o proyectarla (correr traslado) al demandado. El caso ya no puede ser juzgado por la autoridad; y por ello, el juez deberá declarar la caducidad en cualquier estado de la causa, inclusive de oficio (por ser la caducidad de orden público). Existe aquí una *imposibilidad concreta de accionar* (o de instar).

Pero cuando la extinción opera sobre los derechos potestativos (del tipo de los "derechos de opción"), para cuyo ejercicio no se requiere más que la manifestación clara y positiva de la voluntad del interesado, sin necesidad de una instancia a la autoridad (de una acción); se produce la "caducidad de los derechos", que difiere marcadamente de la prescripción y de la caducidad de la acción.

Por tanto, la cuestión quedaría resuelta si se entendiese que la prescripción extingue la pretensión; y la caducidad a los derechos potestativos y a la acción (cuando los derechos no pueden ser ejercidos unilateralmente por el interesado, sino a través de una instancia).