

# Parte I

# Dottrina

---

---



# La interrelación entre la prescripción y el contrato de seguro

## The interrelationship between prescription and the insurance contract

*Abel B. Veiga Copo\**

---

---

### **Abstract**

*La prescripción como cualquier otra institución tiene un por qué. Una finalidad. Saber cuál es la ratio, la causa de esta institución secular y que en nuestro ordenamiento positivo ha permanecido inalterada en su configuración en los Códigos es fundamental, como también lo es, y debe serlo, para el contrato de seguro. ¿Cuál es el fundamento de la más genuina expresión de un efecto negativo que el transcurso del tiempo depara para una relación jurídica?, acaso la prescripción hasta cierto punto ¿no supone una implícita expropiación de valor de un crédito ante la inactividad del titular del mismo?*

**Parole chiave:** *prescripción – naturaleza – contrato de seguro – excepción*

---

---

---

---

### **Abstract**

*The prescription, like any other institution, has a why. A purpose. Knowing what is the ratio, the cause of this secular institution, which in our positive system has remained unaltered in its configuration in the Codes, is fundamental, as it also is, and should be, for the insurance contract. What is the basis of the most genuine ex-pression of a negative effect that the passage of time has for a legal relationship, does prescription not to a certain extent imply an implicit expropriation of the value of a credit due to the inactivity of the holder of the same?*

**Keywords:** *prescription – nature – insurance contract – exception*

---

---

---

\* Ordinario de Derecho Mercantil – Decano de la Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

**Sumario:** 1. La prescripción: polivalencia y estructura. – 1.1. Radiografía y cuestionamiento de una institución anclada en viejas reglas. – 1.2. Prescripción y seguro. – 1.3. La derogabilidad de la prescripción y el *pactum de non petendo*. – 1.3.1. Acortación y alargación de plazos. Desafío convencional a una imperatividad antigua. – 1.3.2. Los derechos imprescriptibles y la autonomía de la voluntad. – 1.4. La renuncia de la prescripción. – 1.5. Prescripción: fundamento y ejercicio. – 1.6. El objeto de la prescripción. – 1.7. Elementos y efectos de la prescripción.

## 1. La prescripción: polivalencia y estructura

### 1.1. Radiografía y cuestionamiento de una institución anclada en viejas reglas

Paradójicamente un instituto, *per se* destinado a otorgar certezas al derecho, encierra en sí mismo múltiples interrogantes y a la vez incertidumbres sobre su fundamento, su naturaleza, su objeto<sup>1</sup>. ¿Cuál es la *ratio*, la causa de esta institución secular y que en nuestro ordenamiento positivo ha permanecido inalterada en su configuración en los Códigos?

¿Cuál es el fundamento de la más genuina expresión de un efecto negativo que el transcurso del tiempo depara para una relación jurídica?, acaso la prescripción hasta cierto punto ¿no supone una implícita expropiación de valor de un crédito ante la inactividad del titular del mismo?<sup>2</sup>, ¿por qué la discronía entre una regulación vetusta y los nuevos impulsos que trae el *soft law* a través de corpus principiales que están aggiornando la prescripción?<sup>3</sup> Amén de presentar hoy día enormes deficiencias carenciales pero no menores disfuncionalidades prácticas<sup>4</sup>. Mas, la prescripción ¿extingue o

<sup>1</sup> Acierta DITONNO, *La prescrizione*, Vicalvi, 2018, p. 14 cuando señala como la simplicidad hermenéutica del instituto de la prescripción sobre el plano conceptual es contrabalanceada por las dificultades interpretativas bajo el perfil de la *ratio* jurídica, ámbito en el cual diversas voces doctrinales han afrontado el tema asignando diversos fundamentos, todos ellos igualmente válidos.

<sup>2</sup> En el derecho belga, se pronuncia EYBEN, “Quels délais pour la prescription?, *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, [JOURDAIN/WÉRY (Dirs.)], Bruxelles, 2010, pp. 3 y ss., p. 4 cuando afirma que por indispensable que sea, la prescripción extintiva constituye una técnica de expropiación.

<sup>3</sup> Tampoco debemos dejar de lado la fallida propuesta de código mercantil de 2013 y la regulación que deparaba para la prescripción. Sobre esta, es clave la aportación de GARCÍA-PITA LASTRES, “La prescripción y la caducidad en el Libro VII de la “Propuesta de Código mercantil””, RDM, 2014, n° 291, pp. 33 y ss.

<sup>4</sup> Gráfico y claro, MARÍN LÓPEZ, “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el

simplemente debilita un derecho?<sup>5</sup> Perdido en ese inevitable mito de Ariadna particular, la figura de la prescripción, tan poliédrica en sí, como polivalente funcionalmente, presenta, sin embargo, una riqueza dogmática y práctica, inconmensurable, al tiempo de que su razón de ser no se funda precisamente en anclajes de justicia o equidad intrínseca<sup>6</sup>.

Y en este debate, salvo por el aspecto doctrinal dogmático, nuestro ordenamiento legal y jurisprudencial, han permanecido ajenos a un debate vivo, extraordinariamente dinámico y revulsivo sobre la prescripción que se ha vivido en las últimas décadas tanto en reformas nacionales como en la eclosión de normas principales<sup>7</sup>.

Riqueza que, no es óbice, sin embargo, para que, desde el rigor intelectual,

---

artículo 1969 del Código civil”, *La prescripción extintiva*, AA.VV., XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valencia 2014, pp. 15 y ss., p. 28 cuando asevera: “La regulación de la prescripción en el Código civil es obsoleta, confusa, incompleta e inadecuada, y por ello precisa de una completa reforma”.

<sup>5</sup> Este punto ha sido mantenido sobre todo por ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 12 cuando afirma: “... creo que la prescripción no extingue nada, o sea, que después de ella, el derecho o la acción prescritos siguen tan vivos y coleando como antes, así que pueden reclamarse o ejercitarse; y si el deudor cumple está dando ejecución a lo que debe, y no realiza un acto de liberalidad a favor del titular del derecho prescrito”.

<sup>6</sup> En este punto, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 13 alude a estas profundas incertidumbres, que en su aspecto más significativo atañen a su naturaleza jurídica, a su estructura, a su función, por la cualificación de su fundamento, por el objeto del contenido, así como por los efectos de su operatividad. A esa justicia intrínseca apela en sus conclusiones OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Granada, 1995, pp. 299 y 300 por lo que su tratamiento ha de ser restrictivo evitando con ello una aplicación desmedida y rigorista, así el de “contraderecho a negar la prestación debida” que la prescripción ganada consagra debe estar limitado en su ejercicio por la necesidad de evitar que la seguridad jurídica nos lleve a amparar situaciones que el derecho considera injustas.

<sup>7</sup> Cobran toda su relevancia las palabras de ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, “Prescription. General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims”, *Yearbook on European Tort Law 2007*, Springer, 2008, pp. 26 y ss., cuando en p. 27 señalan: “In spite of its enormous practical significance, the law of (“extinctive”) prescription (or: limitation periods) has for a long time led a backyard existence: It has failed to catch the attention of legal writers or of law reformers. That has changed dramatically in the course of the last three decades. The first comprehensive modern treatise appeared in 1975. Since then, the law of prescription has become, in many national legal systems, the object of in-depth examination; in August 1994 it was one of the topics canvassed at a congress of the International Academy of Comparative Law. At the same time, it became increasingly apparent that just about everywhere the law of prescription was in a very bad shape”. Vid., además VON BAR/CLIVE, (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, II, Munich, 2009.

pueda cuestionarse todo, pero también interpelarse si, por ejemplo, existen, o deberían o pudieran existir otros instrumentos legales que tengan el mismo efecto que la prescripción o cumplan una finalidad próxima, como por ejemplo, ciertos plazos para la exclusión – *Ausschlussfristen* –, la buena fe o la fiducia, o las reglas especiales sobre supuestos de pago. Como el, de una vez por todas, replantearnos el papel de la autonomía de la voluntad en la prescripción y decidir si verdaderamente pueden o no las partes modificar el plazo de prescripción legal por contrato, y si es así, ¿cómo y cuáles son, serían o habrían de ser los límites?

Y en esa riqueza, radica la incertidumbre, porque esa es precisamente la paradoja de una institución que, llamada a dotar de estabilidad, de certeza y seguridad jurídica en el tráfico económico y jurídico, deja un halo de indefinición y cierta incompreensión, pero también excesiva voluntariedad por parte del legislador -que no de las partes y su autonomía- que prefiere, o esa ha sido hasta hace bien poco, huir de la uniformidad<sup>8</sup>. No basta o es suficiente solo con modular la prescripción, o establecer tiempos de máximo, hay que reescribirla para hacerla más útil, más lógica, más dinámica<sup>9</sup>. Huída de plazos, armonía y certeza en el momento del inicio del cómputo, de los efectos de la prescripción.

Han sido la adherencia continuada en el tiempo de añadidos, requisitos, excepciones a la norma común, arbitrariedad en plazos, incertidumbre absoluta y segura en el comienzo del *dies a quo*, además de posicionamientos clave como el efectivo conocimiento y buena fe de quién actúa defendiendo una pretensión los que, a la postre, han terminado por emponzoñar y multiplicar aristas, flancos y flecos que han hecho que la institución viva hoy día en una vorágine de debate, reforma y aggiornamento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Magistralmente señalado por VAN DROOGHENBROECK, “La prescription libératoire: paradigme ou paradoxe de la sécurité juridique?”, J.T., 2004, n° 6132, p. 337 cuando afirma: “concebida como un arma absoluta contra la inseguridad jurídica, la prescripción liberatoria deviene a la vez en una de las principales víctimas y una de las grandes “artesanas””. Como bien señala el autor, son las incertidumbres de los plazos donde radica la controversia.

<sup>9</sup> Sobre la modulación de la prescripción, MIGNOT, “Prescription extinctive – délais”, J-CI Civil Code, art. 2224 à 2227, fasc. único n° 4, pp. 3 y ss.

<sup>10</sup> Representativa de este sentir y obrar, el trabajo de ALAIN BENABENT, “Les chaos du droit de la prescription extinctive”, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996, pp. 123 y ss.; señalaba MALAURIE, “«Exposé des motifs», en el Avant-Projet de Réforme de droit des obligations et de droit de la prescription”, 2005, pp 194 y ss., que la prescripción debería ser un elemento de pacificación de las relaciones jurídicas, buscar el dinamismo en las relaciones jurídicas frente a la duración excesiva, frente a la existencia de plazos diferentes y las dudas interpretativas que no han generado sino estancamiento y conflictividad.

Y tal vez lo haga porque durante mucho tiempo el prisma con que se ha querido ver la prescripción ha sido unidireccional, a la vez que único, cuando menos en el derecho civil<sup>11</sup>. Tanto en sus fundamentos como, en casi todos los intentos de construcción *versus* reconstrucción doctrinal, amén de prácticos, dista de existir una solución lineal y armonizada en las legislaciones<sup>12</sup>. Lo que no empece para señalar como en los últimos años sí han existido nuevas normas sobre prescripción<sup>13</sup>; e, incluso, propuestas más ambiciosas como crear un marco común a modo de principios uniformes sobre esta institución<sup>14</sup>.

Mas algo es meridianamente claro, la prescripción es una limitación, un

---

<sup>11</sup> Se mezclan y confluyen distintas tradiciones jurídicas, sobre todo, romanística y germana, que han terminado por perfilar, pero también minituitarizar, la figura. Clave la aportación de BRANCA, “Non uso e prescrizione”, *Scritti in onore di Ferrini*, Milano, 1947, pp. 169 y ss.

<sup>12</sup> Un rápido panorama sobre las legislaciones europeas en torno a la prescripción y relativa al seguro es, en palabras de KULLMANN, “La prescription”, *Traité de droit des assurances*, Tome 3, Le contrat d’assurance, 2ª ed., Paris, 2014, pp. 1181 y ss., p. 1184, “un rapide survol des législations européennes montre une situation générale chaotique: délais, points de départ, causes d’interruption, etc., on est fort loin d’une quelconque harmonisation”.

<sup>13</sup> Pero si hay una referencia doctrinal indiscutible a nivel europeo en temas de prescripción, es sin duda, el profesor Zimmermann. Entre su obra, véase, ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002; ZIMMERMANN, “... ut sit finis litium“

– Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage”, JZ, 2000, n° 18, pp. 853 y ss.; vid., también, VON BAR/DROBNING, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property law in Europe – A Comparative Study*, Sellier, 2004. Y desde el análisis de la reforma de 2008 francesa la aportación de KLEINSCHMIDT, “Das neue französische Verjährungsrecht”, RIW, 2008, pp. 590 y ss.

<sup>14</sup> No puede dejar de hacerse referencia a los Principios de Derecho Contractual Europeo -PECL- que abordan en su capítulo catorce de la Parte III, artículos 14:101 a 14:601, en 2004, la prescripción. Al lado de estos Principios, el Marco Común de Referencia, -DCFR-, que brinda en su capítulo séptimo una regulación prácticamente idéntica a aquella, en 2009. Imprescindible en nuestro país la consulta a estos principios del artículo de DOMÍNGUEZ LUELMO/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, InDret, 2009, [http://www.indret.com/pdf/654\_es.pdf]. Sobre la prescripción en estos DCFR, véase la aportación de ERNST, “Das Verjährungsrecht des (D)CFR”, *Verjährungsrecht in Europa - zwischen Bewahrung und Reform*, [REMIEN (Dir.)], Mohr Siebeck, 2011, pp. 67 y ss.; vid. igualmente PATTI, “Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Verjährungsrecht des DCFR”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2010, n° 1, pp. 58 y ss.; finalmente UNIDROIT aborda en sus Principios sobre los contratos comerciales internacionales, un capítulo, el décimo, sobre la prescripción, con una redacción mimética a los PECL. Todas estas normas principales están reflejadas en el anexo legislativo de esta obra.

cortafuegos radical ante la intempestividad del ejercicio de cualesquier pretensión<sup>15</sup>. La prescripción genera, amén de perseguir una finalidad de certidumbre en las relaciones jurídicas, esa pantalla de indemnidad, esa excepción favor debitoris que le permite a éste excepcionar frente al cumplimiento de la prestación hasta ese momento debida<sup>16</sup>. Quién paga lo hace porque debe. Quién excepciona lo hace por que puede hacerlo<sup>17</sup>. Cortafuegos que no debilita, sino que extingue el derecho, o si se prefiere la facultad jurídica de exigir que dimana de ese derecho y que es el que acciona. Define magistralmente la prescripción la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su fallo de 17 de junio de 2002 cuando afirma:

*“La prescripción es una excepción perentoria de naturaleza propia, es decir, un contraderecho otorgado al demandado para dejar sin efecto y enervar la acción ejercitada. De conformidad con reiterada jurisprudencia, la prescripción como limitación que es al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigurosa de la institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe recibir un tratamiento restrictivo, criterio formado en torno a las denominadas prescripciones cortas”.*

Y ese cortafuegos es, paradójicamente necesario en el ordenamiento a modo de filtro natural de la existencia y duración misma de las relaciones jurídicas. Necesidad que no es incompatible con una legislación moderna, racional, flexible, clara y dinámica donde la ambigüedad, el exceso de interpretación jurisprudencial y doctrinal tengan menor cabida. Pues, ¿es lo

---

<sup>15</sup>Así, se ha afirmado desde la óptica del deudor, que la prescripción se basa en la conveniencia de poner un límite al ejercicio intempestivo de los derechos que garantiza a todos un momento, un estado de paz y tranquilidad en el que nos sepamos a salvo de las acciones de terceros. Así, MARÍN LOPEZ, “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil”, *cit.*, p. 126.

<sup>16</sup>Acierta BIANCA, *Diritto civile, VII, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 514 cuando afirma: “la prescrizione persegue una finalità di certezza dei rapporti giuridici, ma questa finalità si realizza tramite l’estinzione dei diritti trascurati nel tempo, in quanto secondo la valutazione normativa essi non corrispondono più ad un rilevante interesse dei titolari”.

<sup>17</sup>Como bien afirma ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, La prescripción extintiva, AA.VV., XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2014, pp. 235 y ss., p. 236 “si paga la deuda prescrita, no habrá pago de lo indebido”. No olvidemos la rontundidad del **Artículo 121-9 del código civil catalán** cuando adviera: No puede repetirse el pago efectuado en cumplimiento de una pretensión prescrita, aunque se haya hecho con desconocimiento de la prescripción.



mismo o ha de ser lo mismo la regulación sobre la prescripción aplicable a negocios jurídicos entre empresarios que cuando una de las partes es un consumidor o el contrato se celebra con consumidores? ¿han de regular algo las normas de tutela en este ámbito subjetivo en torno a la prescripción?<sup>18</sup>

Y por último, ¿qué espacio cabe dejar a la autonomía de la voluntad respecto a la prescripción y su eficacia?<sup>19</sup>, ¿debemos romper ese viejo paradigma en la prescripción tanto respecto a la renuncia, el inicio del cómputo, la duración del plazo? Pueden en suma, las partes negociar o estipular cláusulas en el contrato - más allá de un valor estético de mero estilo- que añadan, modifiquen, cambien el contenido legal “imperativo” de la prescripción?

¿Qué inconvenientes hay, o a quién se perjudicaría, si las partes estipulasen una cláusula que durante el interin en que están negociando las consecuencias de un incumplimiento, una financiación ya vencida, suspendiese la prescripción en curso toda vez si admitimos que no es causa interruptiva por ejemplo unos contactos verbales o conversaciones?<sup>20</sup> Si admitimos la renuncia a una prescripción consumada o ganada, ¿no puede preverse de facto en la fase contractual entre las partes?, ¿qué razones sustentan tamaña limitación, más allá que un genérico cumplimiento o máxima de orden público? ¿a qué intereses en definitiva responde el instituto de la prescripción? ¿Públicos, privados, ambos simultáneamente?

Ahora bien, ¿ha sido, es y sigue siendo eficiente una institución como la prescripción al menos regulada como hasta el presente? ¿acaso no puede producir o acaba produciendo resultados inequitativos el automatismo de los plazos prescriptivos?, o si bien es cierto que el titular de la pretensión puede ejercitar la acción o la facultad que exija su crédito, ¿no estaríamos en

---

<sup>18</sup> Referencia indiscutible en este punto, STIGLITZ, *Códigos civil y de comercio, Ley de Seguros*, [ALTERINI/ALEGRÍA (Dirs.)], XII, Buenos Aires, 2011, p. 414 al analizar el epígrafe “*Quid* de la prescripción en el contrato de seguro como contrato de consumo”.

<sup>19</sup> Se preguntan STIJNS/SAMOY, “La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties”, *La prescription extinctive, Études de droit comparé*, [JOURDAIN/WÉRY (Dirs.)], Bruxelles, 2010, pp. 341 y ss., p. 341 “L’autonomie de la volonté jouet-elle un rôle dans le fonctionnement de la prescription extinctive? Les parties contractantes peuvent-elles aménager le régime légal?”.

<sup>20</sup> Distinguen tres periodos donde el rol de la autonomía de la voluntad podría proyectarse STIJNS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 344, (I) el anterior al punto de partida del cómputo del plazo legal de la prescripción, (II) pendiente el curso de la prescripción y (III) el posterior a la adquisición de la prescripción y para estos tres periodos, tres interrogantes: (a) ¿el beneficiario de la prescripción puede renunciar al derecho de prescribir?, (b) ¿las partes pueden modificar el plazo legal de la prescripción y pactar un plazo más breve o más largo? y (c) ¿las partes pueden modificar a su conveniencia, las reglas legales de interrupción y de suspensión de la prescripción?

puridad ante un ejercicio abusivo si conocida la pretensión no actúa sino al final del plazo en aras de evitar la prescripción?<sup>21</sup> ¿y si la obligación o el crédito generase intereses?, ¿hasta qué punto hoy es admisible una figura que amén de extinguir una relación jurídica conlleva una nota de desnaturalización en el cumplimiento de las obligaciones tanto ante un acreedor que no actúa y un deudor que guarda silencio y espera?, ¿quid con la suspensión y por qué esa preferencia por lo interruptivo?

¿A quién y a qué favorece la prescripción, al acreedor estimulándole a que actúe y conserve sus derechos o al deudor que lejos de incitar al cumplimiento aguarda el transcurso necesario del tiempo prescriptivo? ¿puede negarse quizás una situación de sacrificio para el acreedor en aras de principios mayores?<sup>22</sup>

Acaso la prescripción ¿no está entreverada de una irracionalidad manifiesta pero también arbitraria a la hora de decidir cuáles son los plazos de esa prescripción, así como sus diferentes plazos en función del ámbito contractual o extracontractual? ¿pues a qué ratio, si es que hay alguna, obedece determinar la duración de unos u otros plazos? ¿por qué dos para seguros contra daños, por qué cinco para personas y por qué uno en el aseguramiento de responsabilidad civil?

Inactividad frente a liberación de deuda. Actuación frente a extinción, son los genuinos caballos de batalla de esta clásica institución parece que, a día de hoy, es incuestionada. Frente al paso inexorable del tiempo, un remedio, la actuación, la acción del acreedor reclamando el cumplimiento de la obligación, las causas – en suma – que interrumpen la inercia autónoma de la prescripción<sup>23</sup>. Presididas sin embargo por un matiz *cum grano solis*, restrictivo, taxativo, sin resquicios para la autonomía de la voluntad, salvo en la decisión de interrumpir o no actuar frente a la prescripción<sup>24</sup>. Y ese

---

<sup>21</sup> Indicaba ALBALADEJO, cit., p. 21 que pueda ser abusivo depende de las circunstancias, pero ¿parece que, de por sí solo, no cabrá considerar abusivo el ejercicio dentro del plazo por muy tardío que sea, pues pensar otra cosa lo que fundamentaría sería solamente al acortamiento del plazo prescriptivo?

<sup>22</sup> Así, MARÍN LÓPEZ, “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil”, cit., p. 18 afirma tras resaltar la enorme importancia práctica y teórica de la prescripción, como implica siempre un *sacrificio* para el acreedor solo justificado en aras de esa buscada seguridad jurídica.

<sup>23</sup> Sobre la acción del tiempo o el transcurso del tiempo en el derecho, véase la aportación de HÉBRAUD, “Observations sur la notion de temps dans le droit civil”, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Tome II, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1979, pp. 1-58, especialmente, p. 13.

<sup>24</sup> Acierta plenamente MARÍN LÓPEZ, “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil”, cit., p. 30 cuando nos ofrece el marco de lo que debería

remedio, sin embargo, contiene y expone un tinte de expoliación<sup>25</sup>.

No cabe duda, que esta institución ambivalente, vertebral en el derecho de obligaciones, no solo privado sino también público, véase sino la importancia cada vez más creciente que tiene su estudio en el ámbito tributario, está de actualidad<sup>26</sup>. Las dos últimas décadas han abordado inusitadamente el estudio de la prescripción, un intento de clarificación normativa ante el bosquejo existente, de descomplejización y agilización de la materia, de análisis conflictual, de búsqueda de certezas en el comienzo del cómputo, de los efectos, del número de años, de, en suma, tutela reequilibradora de intereses. Un estudio que ha supuesto o intentado, cambios en las regulaciones del derecho de obligaciones, pero también, como hemos analizado, uniformización y armonización tanto a nivel europeo como internacional, habida cuenta de la centralidad e importancia de esta institución<sup>27</sup>.

De ahí que se aplique y predique a la vez, una visión y declamación restrictiva de la prescripción<sup>28-29</sup>. Una institución por sí misma con efectos

---

ser el estudio de la prescripción y el análisis de cada uno de los elementos que lo conforman. A saber, la duración del plazo de prescripción; el inicio del cómputo del plazo; en qué casos cabe la interrupción de la prescripción; en cuáles es posible la suspensión de la prescripción; la existencia de una fecha límite más allá de la cual el titular no puede exigir la pretensión (plazos de preclusión); y si las partes pueden, mediante pacto, facilitar o hacer más difícil la prescripción de una pretensión.

<sup>25</sup> Sobre esta última afirmación, clásica por lo demás en el derecho belga, se pronuncia EYBEN, “Quels délais pour la prescription?”, *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, [JOURDAIN/WÉRY(Dirs.)], Bruxelles, 2010, pp. 3 y ss., p. 4 cuando afirma que por indispensable que sea, la prescripción extintiva constituye una técnica de expoliación. Y apunta: “Elle sera forcément ressentie comme une injustice par le créancier auquel elle est opposée”. ¿Es la prescripción una injusticia para el acreedor que la sufre?

<sup>26</sup> Entre otros, véase el trabajo de BERCOVITZ, R., “Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código Civil y en la Ley General Tributaria”, *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, [ARRIETA/COLLADO/ZORNOZA (Dir.)], Cizur Menor, 2010, pp. 1243 y ss.; o la aportación de GUERRA REGUERA, *Prescripción de deudas tributarias*, Cizur Menor, 2013. Clave el estudio de la prescripción desde la óptica de derecho público de FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Bourdeaux, 2013, tesis doctoral.

<sup>27</sup> Exhaustivamente nos referencia todas las reformas legales, así como sus intentos tanto a nivel europeo como principal e internacional MARÍN LÓPEZ, “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil”, cit., pp. 19 a 28 con un abundantísimo apartado bibliográfico y legislativo.

<sup>28</sup> Como botón de muestra la sentencia del Supremo de 22 de octubre de 2009 cuando señala en su fundamento primero al analizar precisamente la prescripción de la acción de repetición de una aseguradora: “...La prescripción, según ha reiterado la jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente (STS de 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000), al no

radicales, corrosivos en una relación jurídica<sup>30</sup>. Y esos efectos son consecuencia de la imposición de unos plazos por el legislador que en ocasiones difiere y, por tanto, puede suponer un cuestionamiento de igualdad constitucional en función de quiénes sean los sujetos, la cualidad subjetiva, consumidor o no, de alguna de las partes<sup>31</sup>. No cabe duda que, el factor tiempo es clave en esta suerte de ecuación económico y financiera que resulta ser el contrato de seguro, tanto en su dimensión contractual por sí misma, como en la previsibilidad de los riesgos y su cobertura<sup>32</sup>.

Probablemente la manifestación del tiempo, que a priori es neutro, se exterioriza en esta institución de un modo tan intenso como taumatúrgico, extintivo<sup>33</sup>. Lo que no quiere decir que el mero transcurso de un tiempo post sinestral no tenga consecuencias para el seguro y la técnica asegurativa como puede ser o proyectarse en dos ámbitos, el de la prueba, y el de la provisión económico financiera de cara al resarcimiento. De ahí que plazos largos prescriptivos a priori dañan los intereses económicos de una entidad aseguradora<sup>34</sup>.

---

estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (STS de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2910), RC n.º 292/2005). El dies a quo [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el *principio actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (STS 27 de febrero de 2004). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.”

<sup>29</sup> Sumamente crítico con esta visión restrictiva, ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, 2ª ed., cit., pp. 23 y ss., y el elenco de sentencias que trae a colación.

<sup>30</sup> Tomamos prestada esta expresión “corrosion” de SÉRIAUX, en el prólogo a la obra de BRUSCHI, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, 1997, p. XIII, que enfatiza precisamente que este efecto radical y corrosivo de la relación jurídica se produce y es más sensible sobre todo en los cómputos breves y prescripciones muy cortas.

<sup>31</sup> Reflexiona en este punto sobre si, ante esta aleatoriedad y atribución de plazos diferentes, se rozan o no límites de igualdad constitucional ante la ley, EYBEN, “Quels délais pour la prescription?”, cit., p. 4, afirmando como el derecho de la prescripción ha venido así a convertirse en tierra fértil por la “contentieux” de la constitucionalidad de las leyes.

<sup>32</sup> Así, GHERSI, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 2007, p. 116 mantiene como el factor tiempo se convierte en determinante para el ejercicio de los derechos en forma individual, haciendo perder la acción para la ejecución de los derechos del acreedor.

<sup>33</sup> Afirmaban AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza, Tutela dei diritti*, Art. 2910-2969, [SCIALOJA/BRANCA (a cura di)], 2ª ed., Bologna-Roma, 1977, p. 201 como una de las más importantes manifestaciones de la influencia del tiempo sobre las relaciones jurídicas viene dada por el instituto de la prescripción.

<sup>34</sup> Ésta era una cuestión recurrente en la doctrina clásica, ya SCALFI, DONATTI,

Esa latencia, esa letargia del contrato provoca también que la seguridad jurídica y el tiempo estén entrelazados<sup>35</sup>. Y lo hace hasta tal punto que la ley establece máximos temporales para el ejercicio de acciones, de pretensiones, transcurridos los cuáles, la relación por inacción, se extingue<sup>36</sup>. Se finiquita<sup>37</sup>.

Estos máximos nada tienen que ver con el plazo de preclusión máximo o límite que, en todo caso puede imponerse legalmente para ejercitar la acción en derecho. Es decir, las normas principales europeas, las normas del código civil alemán, las normas del código civil catalán, entre otras, sí imponen un plazo de posposición en el que, en todo caso, ha de ejercitarse la pretensión, transcurrido el cuál y salvo causas interruptivas, no cabe accionar ni tampoco apelar o alegar plazos prescriptivos. Un límite en suma de años que, transcurridos, diez, quince, veinte o treinta años no cabe ejercicio de pretensión alguna<sup>38</sup>.

Se pierde el derecho, pues la prescripción extintiva no es sino, en puridad, una pérdida fatal del derecho. Institución que “mata” al derecho<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Advertían ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, p. 8 que en el “derecho el concepto tiempo se enlaza con el de las variaciones de los fenómenos jurídicos, con el de la forma de sus cambios; y que al hablar del influjo del tiempo en las relaciones de Derecho no se hace referencia al influjo de un tiempo puro, abstraído de los fenómenos, considerado como algo sustantivo, sino al tiempo como medida de duración o expresión del cambio de los hechos o estados con eficacia jurídica”.

<sup>36</sup> Apuntaba sin embargo GIORGI, *Tratado de las obligaciones en el derecho moderno*, VII, Madrid, 1930, p. 334 que “**no es el tiempo, como erróneamente se dice, quien extingue** o crea el derecho de la prescripción, sino la inercia del antiguo propietario o del acreedor, por lo cual, la propiedad o el crédito, ya no se manifiestan como tales, o faltan a su finalidad”.

<sup>37</sup> “El tiempo, con el concurso de otros factores, puede dar lugar a la adquisición de ciertos derechos, ... o a la extinción de un derecho, a consecuencia de su no ejercicio continuado”, afirmaba CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Madrid, 1987, p. 963

<sup>38</sup> Entre otros véase PEÑA LÓPEZ, “El dies a quo”, pp. 10 y ss., donde aborda analizando los PECL y el DCFR los preceptos que regulan el tiempo de duración máximo (long-stop) de la prescripción, también llamado plazo de preclusión, si bien no se trata de un plazo destinto del de prescripción. Es un plazo de tiempo duración máximo lo que supone fijar una fecha límite más allá de la cual no se puede impedir que la prescripción produzca sus efectos, por motivo de suspensión o interrupción, pero que las acciones se extinguen. El código catalán incorpora una regla que establece un “plazo de preclusión de las pretensiones” de treinta años desde su nacimiento. Este plazo de preclusión no se puede suspender, pero vuelve a computarse desde el comienzo en los casos de interrupción. Vid., sobre todo, LAMARCA i MARQUÈS, “Comentari art. 121-10”, *Comentari a la nova regulació de la prescripció y la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, [VAQUER/LAMARCA (Edits.)], Barcelona, 2005, pp. 221 y ss.

<sup>39</sup> En la contestación de MORROS SARDÁ al discurso de ingreso a la Academia Gallega de

Lo que no precluye blasonar hasta cierto punto de una genuina naturaleza pragmática de la prescripción<sup>40</sup>. Pérdida basada en la inercia, la inactividad que a la postre se convierte en el motor y *condicio sine qua non* de la propia institución prescriptiva<sup>41</sup>.

Quién no ejerce, quién no vela, no defiende, no conserva su pretensión o su derecho, el ordenamiento no tiene por qué hacerlo prolongando indefinidamente relaciones jurídicas<sup>42</sup>. Se liquidan relaciones o situaciones inestables -latentes- para impedir su perpetuación, pero también su revisión, su relatividad transcurrido un tiempo, por lo que se otorga certidumbre a los derechos. A sensu contrario ya declaraba la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 que “... cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada, y sí, por el contrario, lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvenir sus esencias.”

Otra cuestión es cuestionar el alcance y el *tempus* intrínseco de los plazos de la propia prescripción extintiva, ¿demasiado cortos, demasiado dispares?<sup>43</sup>

---

Legislación y Jurisprudencia de TABOADA ROCA, *La interrupción de la prescripción extintiva, provocada por actos del acreedor: su naturaleza, clases, requisitos y problemas que plantea*, La Coruña, 1972, p. 104 define ésta como: “una institución jurídica que mata el derecho subjetivo merced al transcurso del tiempo por su inacción; pero a la vez es una exaltación de los modos defensivos frente a esta amenaza, para evitar que un derecho nacido caduque, y muera cuando puede existir un resquicio de defensa para que siga viviendo”.

<sup>40</sup>Así lo ha hecho DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 16 al responder a la exigencia pública de conferir certeza a hechos ambiguos respecto a una ausencia de manifestación de voluntad del titular del derecho.

<sup>41</sup>No pierden actualidad las reflexiones de GIUSIANA, “Appunti sulla prescrizione”, Riv. Dir. Civ., 1957, I, pp. 424 y ss.

<sup>42</sup>Afirma TABOADA ROCA, *La interrupción de la prescripción extintiva, provocada por actos del acreedor: su naturaleza, clases, requisitos y problemas que plantea*, La Coruña, 1972, p. 23 la Ley protege los derechos, dotándolos para ello de una acción, con objeto de que puedan ser exigidos. Pero ello en tanto esos derechos cumplan lo fines para que fueron creados. Si dejan de cumplirlos, “porque su titular no los ejercita dentro del plazo que para ello le otorga la ley, ni se preocupa de realizar los actos conservativos para mantener la vivencia de la acción que los protege, entonces, como eso derechos dejan de desempeñar su función, la ley les retira la protección que les venía dispensando; resulta innecesaria, superflua tal protección. El acreedor que no se preocupa de cobrar su crédito, o de exigir la prestación objeto de su derecho, y ni siquiera pretende mantenerlo vivo durante el plazo que se le otorga, no tiene por qué concederla la ley una protección, que aquél no quiere, y, entonces, deba cesar ésta”.

<sup>43</sup>Sobre estas incertidumbres se ha pronunciado HOURDEAU, “Des droits fondamentaux en assurance: les pesanteurs d’une autre galaxie”, RGDA, 2018, nº 8-9, pp. 387 y ss., p. 389,

Pero también saber a qué lógica responde la fijación de esos plazos y en base a qué criterios o sobre cuáles reposan la disparidad de plazos prescriptivos que existen en el derecho privado<sup>44</sup>. ¿A qué se debe esta disparidad prescriptiva? ¿a qué tanta duración diferente?<sup>45</sup> No cabe duda que, en realidad, ha sido la jurisprudencia, con su desarrollo, no siempre armónico ni coherente el que ha terminado por destilar y depurar no pocas aristas de la prescripción, pero sobre todo en su cómputo y el *dies a quo*, pero también en lo interruptivo.

Ahora bien, ¿sigue siendo válido anclar la prescripción, hoy, en esa certidumbre jurídica o debemos otear otros fundamentos?<sup>46</sup> ¿Acaso no es efecto de la propia prescripción una suerte de *poena negligentiae* del acreedor o titular que renuncia, siquiera tácitamente, al ejercicio en tiempo y validez de su pretensión jurídica? O, ¿qué papel reservamos para la buena fe y la diligencia, máxime tanto en quién pudiendo claudica o abdica de sus derechos y sabiendo quién debe, espera para ver extinguida su relación jurídica?<sup>47</sup>

---

cuando cuestiona que la “projection” en la prescripción extintiva en el derecho de seguros es extremadamente (donc trop!), corta: 2 años. Y añade, que, sin ninguna justificación jurídica, económica o social, continúa hoy a ser y provocar una masa excepcional de litigios. “Afin de faire échapper l’assuré à cette guillotine, la jurisprudence fait tout ce qu’elle peut, mais au prix d’un byzantinisme qui paraît aujourd’hui avoir atteint son paroxysme. Au vrai, la question reste surtout embarrassante lorsqu’elle est envisagée sous l’angle du droit fondamental à l’égalité de tous devant la loi. Car la prescription biennale du Code des assurances fait bien naître une inégalité patente entre les assurés consommateurs, soumis à un délai de 2 ans, et tous les autres consommateurs qui bénéficient, eux, du délai de 5 ans prévu par l’article L. 218-2 du Code de la consommation”. El reconocimiento de esta desigualdad y su supresión, sobre el fundamento de los derechos fundamentales, en beneficio de una prescripción quinquenal sería, según nosotros, la mejor manera de resolver estas dificultades.

<sup>44</sup> Destaca precisamente en la estandarización y acortamiento de la duración de la prescripción la idea motriz de la reforma de 2001 de la prescripción en el BGB alemán. Amén de la subjetivación del inicio del periodo al desactivar el conocimiento del acreedor en combinación con un periodo objetivo más largo de prescripción (Höchsfrist), GROTHE, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., München, 2006, Vorbemerkung zu § 194 BGB, Rz. 30 f.

<sup>45</sup> Así, pone de manifiesto EYBEN, “Quels délais pour la prescription?”, cit., p. 5 como la falta de transparencia de los plazos y la complejidad de su cómputo, “qui demeure une question d’espèce”, podría incitar a un acreedor poco escrupuloso a “instrumentalizar” el plazo e prescripción en detrimento de su deudor. De ahí, que, como apunta el autor, la jurisprudencia ha desarrollado sus propios anticuerpos.

<sup>46</sup> Sobre este fundamento, la certeza de las relaciones jurídicas, tesis por otra parte dominante en la doctrina, vid. entre otros, BARDARO, *Prescrizione e decadenza*, Casi di diritto privato, [GRECO (a cura di)], Roma, 2014, pp. 21 y ss. Apunta DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 14 como bajo esta dimensión el instituto desarrollaría la función de consolidar algunas situaciones de hecho, donde garantiza a los consociados certeza y “*affidabilità*” jurídica.

<sup>47</sup> Confronta el derecho, la prescripción, la moral y la buena fe, GIORGI, *Tratado de las*

Otra cuestión es plantearnos críticamente si esa riqueza doctrinal ha sido o no en verdad un mero capricho teórico o por el contrario ha estado asido a sólidas razones y justificaciones, que no lo son si éstas solo se fijan en la arbitrariedad de marcar unos plazos u otros de vida para el ejercicio de las acciones antes de que prospere la prescripción<sup>48</sup>.

No por ello pierde complejidad pese a su elasticidad, como tampoco por ello deja de ofrecer diversas y a veces artificiosas explicaciones dogmáticas y particulares. ¿Qué decir de un concepto de prescripción?<sup>49</sup> Desde el

---

*obligaciones en el derecho moderno*, cit., p. 334 señalando: “La prescripción por sí misma, no es buena ni es mala en moral. Todo depende del uso que de ella se haga. Alegada por el deudor de buena fe, que cree haber pagado y extraviado el recibo, ... avalada por el silencio diario del pretendido deudor, es, no solamente una excepción legal, sino también, honrada y honesta, contra la cual ni el más severo moralista puede encontrar qué oponer... Pero en el campo de la prescripción coge el fruto prohibido por la moral, quien la opone sabiendo que no ha pagado un céntimo ... Entonces la prescripción es verdaderamente una excepción inmoral.” Determina el auto de 2 de marzo de 2010 de la Audiencia Barcelona, que es criterio doctrinal: “la prescripción extintiva actúa más que por un no ejercicio por “silencio de la relación jurídica” durante el tiempo pertinente, el fundamento de la prescripción extintiva es que se entiende que abandona su derecho la persona que era su titular (STS 9 noviembre 1954). El “silencio” es el elemento fundamental de la prescripción extintiva y medida de la entidad de su eficacia frente al derecho afectado por ella; silencio y extinción son pues, términos correlativos.”

<sup>48</sup> Crítico, GÓMEZ POMAR, “¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, *InDret*, 2015, nº 4, pp. 1 y ss., p. 4 cuando afirma: “la impresión que uno tiene es que los plazos de prescripción general – y no solo estos, también plazos especiales – responden más bien a la inercia de la institución de la prescripción como parte del bagaje intelectual de los juristas – no solo privatistas, pues también se ha extendido al ámbito penal o tributario, entre otros –. Y la determinación concreta de uno u otro plazo obedece a la “magia” de un número, a ser posible redondo, con poco más detrás que intuiciones bienintencionadas sobre soluciones “equilibradas” y la influencia de modas académico-jurídicas o trasplantes de otros sistemas jurídicos”.

<sup>49</sup> Oportuno y porque parte de la reforma que se experimentó en Francia, nos ofrece KLEINSCHMIDT, cit., p. 591 un concepto dual: “„Der Begriff „prescription“ hat im CCF seit jeher eine doppelte Bedeutung: Er umfasst auf der einen Seite mit der prescription extinctive die Verjährung im eigentlichen Sinne und auf der anderen Seite mit der prescription acquisitive die sachenrechtliche Ersitzung. Indem er“ früher „beiden Formen der prescription einen gemeinsamen Abschnitt im Gesetz widmete, folgte der CCF – ebenso wie andere Kodifikationen des Naturrechts – dem älteren *ius commune*. In der Tat geht es in beiden Fällen um die Folgen des Zeitablaufs für ein Recht, doch sind diese Folgen verschieden sowie systematisch unterschiedlichen Rechtsbereichen zugewiesen. Manche Vorschriften des CCF waren daher auf beide Typen der prescription anzuwenden, andere, je nach Sachzusammenhang, nur auf den einen oder den anderen Typus. Daraus ergab sich eine häufig als unbefriedigend oder „unglücklich“ bezeichnete Gemengelage von Vorschriften, die gänzlich unterschiedliche Re-



estatismo de algunas visiones, sin duda, una comprensión analítica y crítica de la figura es esencial<sup>50</sup>. Lo que no impide someterla a tensiones, cuando menos teóricas, a comparaciones, a construcciones dogmáticas, analíticas e incluso empíricas, pero sin perder el fin último y práctico que subyace y late a la misma, la exigibilidad tempestiva de un derecho.

No pierde sentido la apreciación hecha en su día por la Corte constitucional italiana cuando en su considerando de derecho primero aseveró: “... Dato che la prescrizione é modo generale d’estinzione deu diritti, la garanzia costituzionale d’un diritto non vieta, di per sé, che esso si estingua per il decorso del tempo: la tutela costituzionale dà al diritto soggettivo una forza maggiore di quella che gli deriverebbe dalla legge ordinaria; ma non lo rende necessariamente perpetuo poiché, se alla base della prescrizione sta un’esigenza di certezza dei rapporti giuridici, questa tocca di regola qualunque diritto, compresi quelli costituzionalmente garantiti”<sup>51</sup>.

Exigibilidad que pende y depende de una voluntad, la posibilidad de decisión del titular de la acción y, en suma, del derecho<sup>52</sup>. Pero planteamos un interrogante iniciático que esperemos podamos contestar al final de este breve ensayo, ¿es conveniente y útil hoy día, preservar la institución de la prescripción? ¿sigue cumpliendo la finalidad para la que nació, ser un modo de extinción de las obligaciones al tiempo que prevé al deudor de una

---

gelungsbereiche betrafen. Die französische Rechtswissenschaft hat diese Vermischung schon lange überwunden und behandelt beide Bereiche getrennt. Der Avant-projet hat freilich gleichwohl – ohne Angabe von Gründen – traditionsbewusst daran festgehalten”.

<sup>50</sup>Apunta BIANCA, *Diritto civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, VII, Milano, 2012, p. 514: “la prescripción persigue una finalidad de certidumbre de las relaciones jurídicas, pero esta finalidad se realiza a través de la extinción de los derechos transcurridos en el tiempo, en cuanto a la valoración normativa no corresponde más que a un relevante interés de los titulares”.

<sup>51</sup>Sentencia nº 63 de 1966 de la Corte Costituzionale italiana. Puede encontrarse un extracto de esta sentencia en la dirección electrónica: <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0063s-66.html>

<sup>52</sup>Recogía el viejo § 194 BGB “El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción”. Añadía una nota en la traducción del BGB hecha por MELON INFANTE, *Código civil alemán (BGB)*, Barcelona, 1955, p. 38, nota 155 una definición de pretensión, o “Anspruch” y en la que la pretensión es una facultad derivada de un derecho subjetivo; la facultad de ejercitar el contenido del derecho de que ella misma es consecuencia. El equivalente de la “Anspruch” en nuestro derecho es la acción; la equivalencia no es, sin embargo, plena, puesto que nuestra acción tiene de la “Anspruch” alemana y de la “Klage” alemana (acción propiamente dicha).

excepción perentoria?<sup>53</sup> Debemos, por último, ¿seguir cercenando a la voluntad de las partes pactar extremos sobre el plazo, la duración, el inicio del cómputo, las causas interruptivas, o abrimos esta veta en aras a una mayor predisposición al cumplimiento de las obligaciones cualesquiera que sean los obligados y los acreedores en el seguro?

Hoy más que nunca es necesario el rigor y la crítica sobre el fundamento de esta figura pero también de la disparidad de plazos que, sobre la prescripción, prodiga un ordenamiento<sup>54</sup>. La rigidez interpretativa, las dudas recurrentes sobre todo en torno al *dies a quo*, y los anclajes principales pero sumamente abstractos de su fundamento requieren cuando menos, tomar la distancia suficiente para cuestionar, proponer, rebatir y justificar el por qué y la esencia misma de la prescripción<sup>55</sup>. Incertidumbres, vacíos y dudas se dan cita tanto en la configuración como en la proyección de la prescripción pero, sobre todo, en la ingente casuística e hipótesis que hacen de ella una institución viva. Nos hemos detenido quizás demasiado en los aspectos menos dinámicos de la prescripción y dejado al margen la confluencia de hechos y actos jurídicos que, a la postre, producen los efectos extintivos<sup>56</sup>.

Mas también de la duración real de la misma y la eficacia que, en su caso pueden tener plazos amplios frente a plazos más breves o exiguos<sup>57</sup>. Por qué

<sup>53</sup> Como bien señala DEMOULIN, *Étude sur la prescription en matière d'assurances terrestres*, Bruxelles, 1945, p. 94: "... elle fournit au débiteur une exception péremptoire qui lui permet d'écarter la demande".

<sup>54</sup> Curiosamente hace siglo y medio ya advertía SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto, Madrid, 1879, p. 191 "... los legisladores modernos han fijado para las diarias relaciones de la vida, prescripciones muy cortas, cuyos plazos corresponden perfectamente a las necesidades y también al interés bien entendido de los acreedores. Debemos, por tanto, no aumentar en derecho común la dificultad de la prescripción de treinta años y hacerla casi imposible, subordinando su punto de partida a condiciones arbitrariamente creadas".

<sup>55</sup> Pese a la reforma de 2008 en Francia, no dejó sino un regusto amargo o de cierta insatisfacción en la doctrina al no lograr reducir tipos de prescripción y plazos. Así, entre MALAURIE, "La réforme de la prescription civile", *Defrénois*, 30 Octobre 2008, n° 18, pp. 2029 y ss.; LEROYER, "Réforme de la prescription civile", *RTD.civ* 2008, pp. 563 y ss.; MAZEAUD, "La prescription extinctive dans les codifications savantes", *D.2008*, pp. 2523 y ss.; SENCHAL, "La loi française sur la prescription en matière civile et l'objectif communautaire d'un droit européen des contrats plus cohérent: concordance ou dissonance?" *Revue des contrats*, 01 Octobre 2008, No.4, pp.1472 y ss.

<sup>56</sup> Así lo reclamaba en su día TROISI, cit., p. 40 cuando postulaba por la necesidad de un radical cambio de perspectiva en el estudio de la prescripción: a la tradicional visión estática debe sustituirse una perspectiva dinámica, capaz de propiciar un riguroso análisis del procedimiento de formación del tipo de prescripción.

<sup>57</sup> Un enfoque de esta brevedad/longitud de los plazos de prescripción, pero para el derecho

cinco años la prescripción general para seguros de personas, por qué dos para los seguros contra daños, por qué el plazo genérico de cinco años para las acciones de aquellos contratos que no tengan plazo y por qué un año para la extracontractual, ¿a qué razones obedece esta disparidad y por qué no un único plazo unificado en todo el contrato de seguro más breve o más amplio? ¿es suficiente y eficiente que la acción extracontractual del tercero víctima sea la más breve del seguro?

Y ello no podemos hacerlo sin la atención puesta en la litigiosidad, sobre todo judicial, que los plazos, los cómputos generan y que han deparado no pocas situaciones erráticas y controvertidas, lo que apunta la necesidad de perfilar aristas, interpretaciones y prácticas recurrentes que, a la postre generan tanto desconcierto como ineficiencia y abstractamente, inseguridad<sup>58</sup>. El seguro, y la litigiosidad en este extremo que las pólizas y el ejercicio de los derechos sea del asegurador, asegurado, beneficiario o terceros víctimas que derivan o que son tangenciales al contrato, no están exentos. Pero la pregunta que también se han hecho desde la óptica del análisis económico es si plazos más breves o más largos influyen y disuaden en el comportamiento del titular sobre todo en situaciones de culpa o negligencia<sup>59</sup>.

---

penal, nos lo ofrece LISTOKIN, “Efficient Time Bars? A New Rationale for the Existence of Statutes of Limitations in Criminal Law”, *Journal of Legal Studies*, 2002, vol. 31, p. 99 y ss.

<sup>58</sup> Sobre estos errores y los costes de litigación, véase la aportación de MICELI, “Deterrence, litigation costs, and the statute of limitations for tort suits”, *International Review of Law and Economics*, 2000, vol. 20, nº 3, pp. 383 a 394, que nos ofrece una visión en la que la justificación convencional de la prescripción, es que la evidencia se deteriora con el tiempo, lo que aumenta la probabilidad de error legal. La longitud de un plazo prescriptivo óptimo equilibra este costo de una longitud más larga contra la dilución en la disuasión que resulte de una longitud más corta. Miceli desarrolla un modelo para mostrar que un plazo prescriptivo finito es óptimo incluso en un mundo sin error legal. La compensación implica solo los costos de litigio y la disuasión: una prescripción más corta reduce la disuasión, pero también ahorra en costos de litigio al limitar el número de demandas.

<sup>59</sup> Así, MICELI, “Deterrence, litigation costs, and the statute of limitations for tort suits”, cit., pp. 384 y ss., el autor examina esta compensación tanto bajo responsabilidad estricta u objetiva como por negligencia y muestra que la prescripción es (probablemente) más baja bajo responsabilidad estricta. Intuitivamente, el beneficio marginal de alargar el plazo es mayor bajo una regla de negligencia porque, al aumentar el tiempo durante el cual las víctimas pueden demandar, se incrementa la disuasión, lo que reduce la probabilidad de que un herido determinado sea considerado negligente. Como resultado, las posibilidades de ganar del demandante se reducen, lo que hace que se presenten menos demandas. Propone GÓMEZ POMAR, cit., p. 4 como bajo ciertos supuestos se puede argumentar que el plazo de prescripción de la responsabilidad objetiva debiera ser más breve que el de la responsabilidad por culpa, pues en la segunda, pero no en la primera, un plazo de prescripción más largo reduce la probabilidad de que un causante dentro de la población de causantes sea encontrado responsable, lo que tiene un efecto de reducción de la litigación.

Adviértase además que la prescripción trasciende, más allá de las partes involucradas, una beneficiaria, la otra, perjudicada. Y lo hace con efectos que van más allá de los dos sujetos involucrados en un contrato de seguro, asegurador y asegurado o tomador del contrato. La prescripción corre contra toda clase de personas. *Ad rem y ad personam*<sup>60</sup>.

## 1.2. Prescripción y seguro

La prescripción no solo extingue una obligación para el deudor, normalmente de claro contenido patrimonial, sino que, sobre todo y principalmente, proporciona certeza y seguridad a las relaciones jurídicas evitando la indefinición obligacional en el tiempo<sup>61</sup>. Como veremos en ulterior epígrafe los fundamentos y el anclaje racional de esta institución han sido numerosos al tiempos que acumulados sin el menor reparo. Desde la inactividad y presunción de abandono, pasando por una suerte de expropiación penalizadora ante la desidia del acreedor, hasta la certidumbre y la seguridad jurídica<sup>62</sup>.

Somos conscientes de que estos son argumentos recurrentes, casi principiales, pero ¿tiene sentido, a día de hoy, seguir anclando fundamentos, naturaleza, finalidades en normas o máximas de principios? Apelar al orden público, la seguridad jurídica, la certidumbre, es sin embargo, práctico, pero

---

<sup>60</sup> Señalaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, p. 135 en “la prescripción extintiva encontramos, una persona favorecida y otra perjudicada”. Pero su foco lo anclaban en “la capacidad de la persona perjudicada, dado que la prescripción produce, como es sabido, la extinción de un derecho; en ella está todo mirado desde el punto de vista de esta extinción, el elemento personal incluso”. Se preguntaba HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, Bogotá, 2006, p. 120 “... ¿quién es el interesado? Se responde que interesados son los sujetos directa y primariamente envueltos en un contrato de seguro. En tanto que la extraordinaria corre contra toda clase de personas.”

<sup>61</sup> Las razones que justifican este instituto son, para STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 4ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 364 las de seguridad de las relaciones jurídicas, el interés en liquidar situaciones inestables, impedir que determinadas situaciones de hecho puedan ser revisadas después de transcurrido cierto tiempo, la certeza de los derechos y la seguridad jurídica que se vería comprometida si el titular del derecho podría hacerlo valer “cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y cuando es probable la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción del derecho, o incluso ya ha fallecido el deudor y sus herederos desconocen todo lo relativo a la obligación”.

<sup>62</sup> Como bien señala ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, *La prescripción extintiva*, AA.VV., XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2014, pp. 235 y ss., p. 238 el Tribunal Supremo y las Audiencias se sirven de estos argumentos, de forma aislada o cumulativa, y, en ocasiones, con el fin de advertir del riesgo de declarar prescritas pretensiones legítimas o bien fundadas del acreedor.

no podemos olvidar que en la realidad, todo dependerá del comportamiento conductual y decisonal de las partes. La prescripción no empuja al cumplimiento, puede a lo sumo, incitarla al mismo, pero si el deudor no está dispuesto a cumplir, no lo hará, al contrario, buscará beneficiarse de la prescripción, y si el acreedor no tutela su derecho, tampoco querrá ni facilitará el cumplimiento por loque la prescripción acabaría siendo un medio para la fatalidad de la relación jurídica.

La prescripción libera<sup>63</sup>; extingue, consolida las consecuencias de una inacción, sea ésta por las causas que sean y que solo el transcurso del tiempo acaba consolidando<sup>64</sup>. Significa y provoca la pérdida de un derecho subjetivo. Fundamenta, paradójicamente, una excepción dándole *substantia*, dinamismo pero sobre todo, razón y argumento<sup>65</sup>.

Mas también es comportamiento, es actitud ante una pretensión y ante una obligación, *ex ante* y durante en el primer caso, durante y *ex post* en el segundo<sup>66</sup>. Indefectiblemente en el seguro, las acciones que se prodigan son las *in personam*, no *in rem*, dejando al margen quizás supuestos de aseguramientos sobre propiedades con derechos reales de garantía. Como es sabido el comienzo de la prescripción para las acciones *in rem* es menos controvertido que respecto de las acciones *in personam*. El cómputo de la prescripción de una acción personal comienza a correr en el momento en que se falta al cumplimiento de una obligación<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Es para GHERSI, *Contrato de seguro*, cit., p. 117 un instituto destinado a dotar de seguridad jurídica al sistema (como subsistencia social de convivencia) e integra los principios centrales del derecho común, en los que puede, por imperio de las partes (cuando hay igualdad de poder de negociación), establecerse plazos diferentes que los legales y que resultan cláusulas abusivas en favor de las empresas en los contratos masivos de estructura de adhesión.

<sup>64</sup> Sobre el alcance del término liberación, y los interrogantes en torno a si efectivamente la prescripción es un modo de liberación o más bien una presunción de liberación, se pronunciaba hace un siglo ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, p. 42.

<sup>65</sup> Advertía LARENZ, *Derecho civil. Parte General*, Madrid, 1978, p. 328 la prescripción no es una causa de extinción, sino el fundamento para una excepción.

<sup>66</sup> Decía PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona, 1988, p. 4 como el transcurso del tiempo es un elemento importante tanto en la usucapión como en la prescripción extintiva; pero lo decisivo es lo que tanto el titular de derechos reales como el acreedor hayan hecho o dejado de hacer durante su transcurso.

<sup>67</sup> Manifestaba y añadía además SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto, cit., p. 189 como además hacía falta un elemento más, a saber, sin el consentimiento del titular. Indica como tampoco es necesario que el deudor haya sido requerido a cumplir su obligación y haya faltado dicho cumplimiento. De igual modo no tienen aplicación a este punto las condiciones especiales exigidas para constituir la mora.

Indudablemente como en toda relación jurídica la prescripción tiene su vigor pero también su propio campo de actuación en el contrato de seguro, pese a que la norma del contrato de seguro dispensa un escuetísimo artículo que solo establece, y no pacíficamente, los plazos de prescripción. Pero ¿podemos hablar de una prescripción especial en el seguro respecto a la configurada con carácter holístico y general en el Código civil? Es suficiente con aquél artículo en la LCS para hablar de un régimen especial? A todas luces no. Pero la riqueza casuística del seguro simplemente desborda el continente y el contenido de la prescripción, tanto objetiva como subjetivamente<sup>68</sup>.

Ahora bien, la prescripción ¿cómo informa, cómo influye en la naturaleza de la relación de las partes respecto al contrato de seguro? ¿acaso podemos ignorar la situación de radical desigualdad de las partes ante el contrato, su negociabilidad, pero también la gestión del mismo, y sobre todo si cabe o no en la autonomía de la voluntad contractual regular, mutar, cambiar o condicionar las reglas prescriptivas, los plazos, los cómputos, etc.?<sup>69</sup> Desde una óptica de análisis económico, acaso ¿adoptan las partes de un contrato de seguro un acuerdo racional y completo?

Si esto es así, y no hipotéticamente, ¿qué sucede entonces, cuando las partes perfeccionan un contrato que no es completo, que tiene lagunas o qué hay que interpretar ex post o que nada dicen sobre la prescripción y sus plazos? Acaso el artículo 23 LCS ¿ofrece salvo la duración final del plazo de prescripción para dos ramos alguna otra información, ya no claridad o interpretación? ¿Qué sabe un tomador del seguro en fase precontractual sobre la disponibilidad o imperatividad de las normas generales de derecho común sobre la prescripción? ¿acaso va a negociar o incluso interesarse o preguntar por la misma?

La interpretación expresa lo que, eventualmente, pero quizás también racionalmente, las partes quisieron o intentaron, pero que no consiguieron, o simplemente la predisposición de una de ellas al imponer el contenido contractual esencial, impidió y fagocitó tal racionalidad, por lo que la integración e interpretación contractual por un tribunal completa aquella racionalidad

---

<sup>68</sup> Defiende sin embargo en Francia una prescripción especial en el seguro GUÉGAN, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 598 y 599 y donde señala que el ritmo de la prescripción debe conducirnos a respetar dos tiempos. “Le premier est celui qui permet au chronomètre de cette coirte prescription de deux ans d’être mis en marche. Le second est le temps pendant lequel l’aiguille se déplace sur le cadran de ce chronomètre tout en étant susceptible d’être arrêtée à tout moment”.

<sup>69</sup> Sobre esta idea de “inégalité” de las partes y su connotación y reflejo en la prescripción, véase GUÉGAN, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 597.

volitiva. Si la prescripción es innegociable o no disponible por las partes ¿por qué tenemos que interpretar prácticamente todo de esta institución sin caer en la recurrente y sempiterna queja de la deficientísima técnica legislativa o su vacío?<sup>70</sup>

¿Qué tipo de consentimiento debemos inferir cuando la parte débil del contrato se adhiere a un acuerdo que no es racional porque el mismo adolece de elementos clave, está plagado de tecnicismos o de lagunas? Ello no impide que, en la práctica, las partes acuerden pactos irracionalmente<sup>71</sup>.

Pero, ¿es racional pensar que lo que las partes acuerdan *ex ante* es lo que verdaderamente querían ambas? ¿o hubiesen aceptado otro acuerdo o contrato de seguro para evitar a posteriori una interpretación contractual habida cuenta que el anterior presentaba vacíos, lagunas o desnaturalizaciones? ¿voluntad hipotética o real? O es que acaso cuando proceda, si es que procede, la labor interpretativa el resultado de la misma no refleja lo que hipotética pero realmente hubieran querido las partes *ex ante*? Interpretar significa explicitar y especificar el contenido contractual. Un asegurado, como cualquier consumidor, no tiene una información completa, al menos precontractualmente, de todos los riesgos que corre, ni de su intensidad, frecuencia, siniestralidad, etc., por lo que su capacidad de análisis y evaluación está limitada. Asignar eficiente y racionalmente esos riesgos no es sencillo, ni tampoco cae cien por cien del lado de la balanza del asegurado.

Quizás ni siquiera alcance esa eficiencia absoluta la entidad aseguradora. Es que ¿tendría algún sentido que un tomador, qué un consumidor desinformado pactase algo relativo a la prescripción en el contrato de

---

<sup>70</sup> Enfatiza su queja GUÉGAN, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 597 precisamente en la “insuficiencia de la información prevista por el Código de seguro en materia de prescripción”. Y en nota a pie de página, n° 22 recuerda como el art. R. 112-1 del código de seguros prevé en efecto que la póliza de seguro deba contener las disposiciones de la ley concernientes a la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro (duración de la prescripción, modos de interrupción). Sobre esta insuficiencia de la ley y los inconvenientes que genera, vid. GROUDEL/LEDUC/PIERRE/ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, 2008, n° 644.

<sup>71</sup> Afirma COLEMAN, *Riesgos y daños*, cit., p. 176 como una persona puede consentir actuar en perjuicio de sus intereses (de manera irracional, pero libremente), o puede estar constreñida a promover sus intereses (de manera racional, pero sin libertad). La distinción entre consentimiento e interés propio racional se torna oscura en los argumentos que intentan establecer lo que una persona concreta, concebida de un modo concreto, habría consentido. El problema de los argumentos que parten del consentimiento hipotético y el problema adicional, más fundamental, de justificar la imposición de deberes *ex post* sobre la base de que hubiesen sido aceptados *ex ante*, pueden explicarse a través del análisis económico del derecho.

seguro, al cómputo, a las causas de interrupción, a la renuncia de la misma prescripción?

El seguro, como cualquier otro contrato, busca que las partes maximicen su participación de los beneficios y minimicen su contribución a las cargas. Pero no anticipa lo que sucederá ante los incumplimientos o reclamaciones de las partes o de terceros, ni en el medio, ni el cómo, ni el quantum ni tampoco el cuándo y sus límites temporales. Cuestión distinta es que ambas partes sean conscientes de ello y de la negociación y no el conflicto. La cooperación racional alrededor del aseguramiento del riesgo, si bien la óptica sobre éste, difiere del asegurado a la del asegurador.

Cooperar significa cesión, concesión en aras a llegar a un acuerdo final, en este caso de seguro, el límite la no desnaturalización del contrato y la ruptura del sinalagma genético que rompa el equilibrio y provoque que el mismo sea excesivamente oneroso para una de las partes. Conviene por otra parte no olvidar que, dentro de ese ideal marco de elección racionales, surgen tensiones, por lo que el seguro también presenta conflicto. Cooperación como sustento de elecciones y acuerdos racionales, donde se gana y maximiza la utilidad y el beneficio, pero también pérdida, conflicto o insatisfacción ante el siniestro o el incumplimiento de cualesquier deber o carga que la ejecución obligacional del seguro conlleva. Es obvio que, si las partes cumplen sus obligaciones y deberes, la cooperación gana, cuando el conflicto triunfa significa que la cooperación no es posible<sup>72</sup>.

¿Persigue el contrato de seguro en todo caso y momento la maximización de utilidades y, a *sensu contrario*, la minimización de perjuicios y, si esto es así, se cumple con la pretendida función social de este contrato?<sup>73</sup> En el contrato de seguro una de sus máximas subyacentes no es tanto que una de las partes gane o resulte beneficiada en detrimento de la otra, habida cuenta de las dificultades intrínsecas para que ambas alcancen siempre y en todo momento su utilidad y beneficio individual completo, cuanto que ninguna de

---

<sup>72</sup> Así, AXELROD, *The evolution of cooperation*, New York, 1984, p. 23 abogaba porque la cooperación no es posible si la decisión de cooperar se adopta de una vez y para siempre. Y esa imposibilidad se reduce a una razón esencial, a saber, la traición será la estrategia dominante.

<sup>73</sup> Esto lleva a STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 381 siendo como es el análisis económico del del contrato un criterio economicista exacerbado en la maximización de utilidades y minimización de perjuicios (eficiencia), le es inherente en lo que hace al propósito de alcanzar sus fines, una total indiferencia por las limitaciones que se predicen del orden jurídico y la regla moral ya que la prioridad que se plantea consiste en asignar a la riqueza estadio preferente y reconocer al Derecho condición de instrumento de una ideología económica o política, sin plenitud participativa (con marginación) y, por ende, antidemocrática.



las dos resulte perjudicada. Preservar el equilibrio de la relación contractual, respetar la genética funcional del contrato y evitar el enriquecimiento injusto, presiden al menos en teoría no solo el contrato sino el comportamiento conductual de las partes en el contrato de seguro.

El seguro es anticipación, es traslado de riesgos, es venta a quién los compra a cambio de un precio, es exposición al riesgo y es también, el siniestro, si bien éste no es posible en todos y para cada uno de los seguros que una aseguradora contrata y gestiona. Es incumplimiento, es reclamación, es prescripción<sup>74</sup>. Casar lo jurídico con lo económico es inescindible tanto en la técnica del seguro como en el vínculo jurídico mismo. Que ello logre la eficiencia es distinto a buscarlo *ab initio*. Adecuar conductas, anclarlas en la buena fe, en la información, en los valores correctos y reales, en evitar el fraude y la provocación del siniestro, medirán sin duda el alcance último de esa eficiencia que, para lograrse, ha de evitar, corregir o estimular precisamente todo lo anterior.

La exposición al riesgo es el eje axial y a la vez nervial de la relación jurídica. La verificación del mismo, el siniestro, el exponente último de una necesidad sufrida por el titular del interés asegurado. Su reparación, su cobertura y los parámetros de la misma en el contrato, marcarán sin duda la eficiencia individual para cada parte a la hora de haber decidido el aseguramiento en ambas perspectivas, activa y pasiva de la relación obligacional. Pero marcar el siniestro, declararlo, no significa que corra o no algún plazo prescriptivo, pues una cosa es declararlo y otra aceptarlo, rechazarlo y, en su caso, valorarlo cuantitativamente.

Evitar a lo largo de la relación contractual de seguro que ninguna de las dos partes resulte inequitativamente beneficiada, o por el contrario, gravada o perjudicada por la existencia del contrato no siempre es posible, pese a los remedios legales y contractuales, póliza y condicionado, que se arbitran y que, mayoritariamente, se esgrimen *favor asecurationes*.

Como se ha analizado *supra* una de las grandes pero también mayores debilidades que puede presentar la ejecución del contrato de seguro es la información. Información que preside todos los estadios y etapas contractuales y negociales: *pre, durante y post*. Qué sabe de los derechos, acciones, pretensiones y su tempos jurídico legales, qué sabe de una prescripción y su alcance? Es la aseguradora quién valora, analiza y antiselecciona el riesgo, lo gestiona y establece, al asumirlo en sus condiciones y estructura, el coste del mismo. Pero esa misma aseguradora hará idénticas evaluaciones y, en su

---

<sup>74</sup>Distinguen STIENS/SAMOY, “La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties”, cit., p. 342 y 343 la prescripción como institución y “le moyen” de la prescripción.

caso, valoraciones del daño y lo contrastará con el riesgo efectivamente asegurado y, por ende, asumido de cara a aceptarlo y establecer un parámetro económico de resarcimiento o entrega de la suma pactada en los seguros abstractos, como los de vida. Solo a partir de ese momento, empezará, como veremos, a correr el plazo de prescripción, pues acaso si la controversia se somete a un litigio judicial ¿no empezará el plazo prescriptivo una vez que exista sentencia firme y de reconocimientos versus condena a pagar o resarcir el daño?

Y todo esto se lleva a cabo desde la información, pero esta es o puede ser disfuncional, asimétrica y cambiante a lo largo de la vida de la relación contractual. Y lo hace desde el cálculo económico, asumiéndolo en su integridad, o de modo parcial, fragmentándolo con otras aseguradoras, trasladando a su vez su riesgo hacia el mecanismo reasegurador o exigiendo el autoaseguramiento por parte del asegurado, imponiendo franquicias o situaciones de infraseguro obligatorio, asumiendo sumas aseguradas estrictas y sin concesiones a valores nuevos<sup>75</sup>. Y todo en aras, además, de evitar un enriquecimiento en unas de las partes. Cuestión distinta será, al final del contrato, calibrar y valorar si ha habido o no una compensación así como el alcance, en su caso, de la misma, integral o no.

Sabido es que en un escenario de negociaciones contractuales con información asimétrica o imperfecta han de buscarse equilibrios eficientes, pero éstos no son necesarios si el riesgo no se materializa en siniestro, pues la litigiosidad del contrato es prácticamente nula. Esos equilibrios pueden, en su caso, llegar a imponer soluciones no estrictamente eficientes y deberes u obligaciones a las partes que no estaban previstos en la fase precontractual pero que hipotéticamente deberían haberlo estado, provocando a la postre que el negocio jurídico resulte más oneroso para una de las partes.

¿Cuáles son, por tanto, los costes de contratar en estos escenarios y cuáles los riesgos reales de que el contrato sea interpretado para alcanzar un acuerdo racional y verdaderamente eficiente para las partes, pero a la vez equilibrado? ¿Y los de negociar en una hipótesis de suspensión o de interrupción de la prescripción?

---

<sup>75</sup> Afirma y razona STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 380 como el análisis económico del contrato enfatiza sobre la eficiencia o el deber de diligencia en la gestión empresarial que habrá de predicarse de tres variables: la probabilidad de realización del riesgo, la previsibilidad de la entidad del daño, previsiones para afrontarlo, entre las que habrá que incluir el costo de las medidas de seguridad adecuada para su prevención (optimización de gastos en la evitación de daños). En parecidos términos PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho", ADC, 1981, p. 654.

Frente a esos costes, serán los tribunales los que apliquen recursos de transacción exógenos que completen y también purguen ciertas condiciones o cláusulas contractuales. Ahora bien, si esto es así, ¿saben las partes, sobre todo, el consumidor de seguros, que la racionalidad eficiente de un contrato se obtiene por esta vía? y, sobre todo, ¿le compensa *ab initio* desde el momento precontractual prever que la información asimétrica ha de completarse e interpretarse por la vía judicial interpretativa?, o ¿solo le compensa cuando cree que de no hacerlo sufrirá un perjuicio, entiéndase no indemnización, no riesgo y no cobertura, o detrimento patrimonial parcial<sup>76</sup>?

Las partes buscan su utilidad, y esa utilidad mutua significa colaboración, cooperación, no confrontación de utilidades aunque sean disímiles cada una; significa además maximizar el beneficio o la ventaja, sea trasladando un riesgo que no se desea asumir o asumiéndolo en una base mutua y estadística que lo dispersa en un ingente número a cambio de un precio, y minimizar por tanto el daño o el perjuicio, que puede ser tanto contractual como es la infracción de ciertos deberes precontractuales como de ejecución obligacional del contrato, como los perjuicios que el siniestro supone para cada parte, para una cobrando la indemnización que de lo contrario pecharía con las consecuencias del daño sobre su propio patrimonio o persona, para el otro, dispersando ese siniestro en esa mutualidad de seguros que componen su cartera de seguros o reaseguro, habida cuenta la imposibilidad estadística de que todos los asegurados sufran un siniestro simultáneamente en el tiempo. Y significa, cómo no, evitar el perjuicio de una de las partes, o lo que es lo mismo que el beneficio no vaya en detrimento de un perjuicio para la otra.

Pero esta búsqueda también evidencia que el contrato de seguro se asiente y, por ende, debe superar problemas de desequilibrio formal y material en la generación del contrato, y ello en base a la desinformación y el distinto tratamiento que la norma dispensa para cada una de las partes del contrato ante este déficit. Información exigible como cortocircuito del desequilibrio y la desigualdad de acceso a la misma para una de las partes.

Nada impide la existencia de ignorancia, pero sí que ésta sea imputable a la falta de diligencia y del cuidado del negocio, por lo que aquélla puede ser legítima, mas, debemos calibrar su impacto en la generación y formación del

---

<sup>76</sup> Afirma COLEMAN, cit., p. 187 como en muchos sentidos, los tribunales no estarán en una mejor posición que los individuos para determinar qué asignación de riesgos maximizará la riqueza, y en general estarán en una posición considerablemente peor. Aunque el tribunal busque promover la eficiencia mediante la aplicación de la regla supletoria relevante, no hay razón para pensar que será más eficiente que los contratantes particulares. Un tribunal con criterio intentará que los litigantes resuelvan el problema privadamente, siempre que estén en la mejor posición para resguardarse contra el fracaso del contrato.

contrato. Y en este punto el interrogante no se centra tanto en eficiencia y equivalencia en la relación contractual y los costes de ésta, cuanto del sinalagma funcional y genético del contrato asentado sobre presupuestos desiguales.

Centrémonos de nuevo en la prescripción, qué sabe el titular el acreedor de la pretensión sobre la prescripción y más en este ámbito del seguro por mucho que una cláusula del contrato o póliza pueda decir o hacer referencia de algún tipo. El acreedor pierde por el transcurso del tiempo y su propia desidia o desinterés el derecho, el deudor se libera de cumplir, de pagar<sup>77</sup>. Rompe la confrontación de intereses individuales entre dos partes de una relación jurídica, haciendo prevalecer los de uno, deudor, frente a las pretensiones no ejercitadas o defendidas del otro, acreedor<sup>78</sup>. Un derecho, el de liberarse, prevalece sobre otro anterior que es extinguido como consecuencia de su no ejercicio tempestivo ni tampoco por no haber planteado ninguna medida de conservación y seguridad de aquella pretensión<sup>79</sup>.

Pero ¿acaso la prescripción tiene como fin último y fundamento causal solo la liberación del deudor de su obligación y, por tanto, de la relación jurídica?<sup>80</sup> O debemos por el contrario abogar ¿por una aplicación restrictiva de la propia prescripción para que, en caso de duda, favorecer la subsistencia de la acción de derecho?<sup>81</sup> Ahora bien, preguntémosnos a quién favorece

<sup>77</sup> Insiste PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva*, cit., p. 5 en la nota negativa de la prescripción, es decir, la misma “se funda en un requisito de tipo negativo, que es la conducta pasiva del titular del derecho”.

<sup>78</sup> Este debate nos lleva al sustento de que el fundamento no es otro que la liberación del deudor en esa controversia de derechos individuales. Así, MESSINEO, “Variazioni sul concetto di “rinunzia alla prescrizione””, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 515, para quién “chi eccepisce la prescrizione esercita un diritto alla liberazione”. *In extenso*, CAPONI, “Gli impedimenti all’esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, I, pp. 721 y ss., pp. 726 y ss.

<sup>79</sup> Uno de los primeros estudios monográficos sobre prescripción en el seguro se debe a DEMOULIN, *Étude sur la prescription en matière d’assurances terrestres*, Bruxelles, 1945, p. 7 señala como la prescripción liberatoria es un modo específico de extinción de obligaciones por el paso del tiempo, siendo una institución legítima por imperiosas condiciones de orden público.

<sup>80</sup> Para ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 263 la prescripción extintiva produce sus efectos *ipso iure*, y, por lo tanto, es lo mismo la renuncia realizada antes o después de haber sido alegada, siempre que la prescripción reúna todos los requisitos para producir efecto. La **prescripción es un modo deliberarse que proporciona al por ella favorecido, el derecho a no cumplir la obligación.**

<sup>81</sup> La opción por mantener vivo el derecho, no es sino el corolario de abogar por una interpretación restrictiva de la prescripción liberatoria. Defensor de esta vía GHERSI, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 2007, p. 125.

realmente la prescripción. ¿Sabe el acreedor, sabe el deudor lo que es la prescripción, y sobre todo, si puede negociar o no su alcance?

Funcionalmente, más allá de los clásicos fundamentos y anclajes de la prescripción, se revaloriza la liberación de la contraparte ante el no hacer, ante la no reclamación del acreedor y la fuerza de la excepción del deudor<sup>82</sup>. Hasta cierto punto puede afirmarse que, tras el transcurso de un umbral temporal determinado y la intencionalidad de la inactividad del acreedor, el legislador ha optado por proteger al deudor<sup>83</sup>.

Ahora bien, dejamos planteado de momento un interrogante, esta liberación del deudor, ¿supone un enriquecimiento para éste ante su no cumplimiento?<sup>84</sup> Como a *sensu contrario*, la renuncia de la prescripción ganada ¿no es una suerte de enajenación?<sup>85</sup> Acaso ¿no sería o podría ser éste el sentido del artículo 1935 CC cuando advera “*las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar a la prescripción ganada*”?<sup>86</sup>

Pero si a la postre la prescripción beneficia al deudor en caso de

---

<sup>82</sup> El parágrafo 194 BGB al regular la prescripción parte de un axioma claro, funcional, práctico, a saber: “El derecho a exigir que otro haga o no haga (Anspruch) está sujeto a la prescripción”.

<sup>83</sup> Sobre este punto y explicando los motivos e irracionalidades del comportamiento del acreedor y su intencionalidad, vid., en profundidad, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pp. 33 y ss. Por su parte, FALZEA, voce “Efficacia giuridica”, in *Enc. del Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, pp. 432 y ss., p. 502 incluye a la prescripción desde este punto de vista liberatorio dentro de la categoría de hechos que tienen eficacia preclusiva en sentido sustancial. Crítico con esta postura, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., pp. 76 y ss., denostando los argumentos de la preclusión.

<sup>84</sup> Trabajo pionero en este punto la aportación de PAGANO, “Sull’inammissibilità dell’azione di arricchimento senza causa nelle ipotesi di usucapione, prescrizione o decadenza dell’azione specifica”, in *Dir. giur.*, 1957, pp. 173 y ss.; también la obra de TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 42 y ss.

<sup>85</sup> Señala PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, cit., p. 99 como una prescripción extintiva ganada significa una ganancia patrimonial que ha ingresado en el patrimonio del favorecido y que se ha convertido en un bien susceptible de negociación y renuncia. El derecho a prescribir para lo sucesivo es un resultado director de lo que establece el ordenamiento jurídico con carácter general, para todos los casos que se rijan por dicha norma.

<sup>86</sup> Por esta vía acuñan ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 267 que pudiendo ser la renuncia a la prescripción extintiva hecha a título oneroso o a título gratuito, se necesitará, según los casos, capacidad para enajenar a título oneroso o a título gratuito, si bien esto no lo dice el Código civil, pero se deduce de los principios generales. Traía CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, cit., p. 963 la definición de prescripción de Enneccerus “el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de ejercicio continuado o del no ejercicio continuado”.

consumarse, ¿por qué no permitir incluso la renuncia anticipada a la misma habida cuenta que ese mismo deudor, puede lo más, es decir, reconocer en cualquier momento del transcurso del plazo prescriptivo el débito? O es que acaso el reconocimiento no significa implícitamente una renuncia expresa pero a la vez anticipada a una prescripción en curso?

La actitud, la negligencia, la incuria o el relativo desinterés en la defensa de sus intereses o pretensiones del acreedor, forman, sin duda, parte de su libertad de decisión y actuación -manifestación legítima de libertad- que, al involucrar y atar a otros sujetos, encuentra un límite, la no subordinación perpetua o temporal desproporcional de quién debe<sup>87</sup>.

Ahora bien, funcionalmente podemos preguntarnos si la actitud de no ejercicio, de inercia constituye en puridad un acto de voluntad. Y si esa es la voluntad, la de no actuar, el resultado es claro, la prescripción<sup>88</sup>. Consecuencia directa de esa incuria, de quién pudiendo y estando en condiciones de ejercer su derecho, por tanto conociendo la entidad y consistencia del mismo, no imposibilitado ni jurídica ni fácticamente, sin embargo no actúa.

Decide no actuar y diluir, extinguir, su pretensión. Ello no impide que, en realidad, lata en el fondo de la prescripción un cierto, cuando no mínimo, reproche moral a la desidia o desinterés del propio acreedor y un premio, la liberación, al deudor que no cumple *motu proprio*, sino que espera a que se le reclame la pretensión. ¿Son de buena fe quién pudiendo actuar no lo hace y quién pudiendo reconocer tampoco lo hace? Ello sin olvidar el carácter imperativo que algunas normas, también del seguro, otorgan y confieren al seguro<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Así, afirmaba DEMOULIN, *Étude sur la prescription en matière d'assurances terrestres*, cit., p. 7 como accesoriamente la prescripción aparece tanto como una sanción a la negligencia del acreedor que ha persistido en una inacción prolongada, cuanto como una presunción legal de liberación en favor del deudor, dispensado de conservar indefinidamente la prueba de su pago.

<sup>88</sup> Así las cosas, recuerda TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 89 que la inercia, de hecho, es considerada por el legislador desde un punto de vista objetivo: es jurídicamente irrelevante todo eventual cumplimiento volitivo del titular de la situación jurídica subjetiva activa, en el sentido que no interesa si la falta de ejercicio sea consecuencia de un comportamiento voluntario del interesado. Para el autor no se puede por tanto, hablar ni de "hecho" ni de "acto" jurídico; tanto menos de "negocio" dada la variedad de los elementos que constituyen e tipo; inactuación de la relación = hecho jurídico; excepción = acto normativo; sentencia = medida jurisdiccional.

<sup>89</sup> Así, entre otras, la ley belga de 1992 de seguro que otorga en su artículo 3 un claro carácter imperativo a los artículos 34 y 35 relativos a la prescripción. Vid., entre otros, TINANT, "Délais et prescriptions en droit des assurances", *Les prescriptions et les délais*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, le 25 mai 2007, éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, pp. 65 y ss.

Una inercia, una inactividad sostenida en el tiempo que, aunado al no reconocimiento de la deuda por el deudor, extingue el vínculo y la causa obligacional<sup>90</sup>. Dos hechos jurídicos, no solo fácticos, el no actuar y el no reconocer, eliminan la obligación. El comportamiento inerte del sujeto titular del derecho en cuestión acaba modificando radicalmente la relación hasta el punto de la prescriptibilidad de la exigibilidad del derecho mismo. El deudor quedará fácticamente investido de una potestad tal que su ejercicio acarreará la extinción del vínculo contractual por prescripción.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando esta actitud es debida a causas que impiden esa tutela o ejercicio de sus derechos por el titular?<sup>91</sup> Los actos impeditivos de una acción, de una tutela o defensa, son el parámetro opuesto a la elección o a la negligencia de no actuar y hacer valer un derecho propio. Si no se interrumpe o no se suspende el transcurrir de la propia prescripción por quién titula el derecho o la pretensión, el reproche culpabilístico a priori se abre paso, por el contrario, si se plantea cualesquier acto interruptivo de aquella, prima una impronta de autoresponsabilidad por parte del titular. Interrumpir la prescripción es el exponente más claro de la vitalidad del propio derecho<sup>92</sup>. Pero ¿es actuar autoresponsable y diligentemente en la preservación de una pretensión?<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Admitía TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 87 como bastará observar que el principio de la certidumbre de las situaciones subjetivas constituye, por así decir, solamente el mínimo común denominador funcional de la fase llamada preliminar del procedimiento y está sobre el fondo de la llamada prescriptibilidad.

<sup>91</sup> Acierta CAPONI, “Gli impedimenti all’esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione”, cit., p. 729 cuando afirma: “L’inattività del titolare può essere considerata un indice sicuro del suo disinteresse o comunque della sua incuria rispetto all’esercizio della propria situazione soggettiva, incuria e disinteresse che la prescrizione tende a colpire, qualora l’ordinamento attribuisca rilevanza in via generale sulla durata o sul decorso del termine di prescrizione ai fatti non imputabili che impediscono l’esercizio del diritto. Altrimenti, qualora a tali ostacoli non sia attribuita rilevanza o comunque ad essi sia attribuita una rilevanza episodica, l’inattività del soggetto possiede un’intrinseca carica di ambiguità, potendo essere sia la conseguenza della scelta del soggetto di rinunciare alla realizzazione del proprio interesse (o della sua negligenza), che la conseguenza di un impedimento (a lui non imputabile) all’esercizio del diritto.”

<sup>92</sup> En este punto, viendo en los actos interruptivos índices de vitalidad del derecho del acreedor, GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880, [reedición de 2013], p. 55; WEISS, *Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs*, München, 1905, p. 11 y ss.

<sup>93</sup> Niegan que el hecho de interrumpir la prescripción sea en realidad un acto de ejercicio, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pp. 93 y ss.; también ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, pp. 170 y ss.

Un *estado de derecho* preexistente se transforma, muta, cambia con la prescripción extintiva<sup>94</sup>. La prescripción requiere y necesita de una actuación subjetiva que se ve constreñida por plazos temporales de cara a transformar un estado, una situación jurídica<sup>95</sup>. Es efectivamente el no ejercicio de esa actividad la que rompe y transforma ese *estado de derecho* diluyéndolo, perdiendo el crédito que suele subyacer y sustentar paralelamente a esa situación jurídica obligacional, la reclamación, la indemnización, etc.<sup>96</sup>. ¿Hasta qué punto sería admisible exigir al deudor la prestación, transcurridos los plazos legales que la norma marca y su conservación?<sup>97</sup> ¿cómo opera a sensu contrario la mora?

Evitando la inestabilidad, la contingencia temporal de preservar real o artificiosamente en el tiempo obligaciones, por lo que, en puridad, la misma, libera. Preguntarse por la *ratio* última de la prescripción, su finalidad teleológica, la razón de ser y, sobre todo, hacerlo desde la óptica dual de la dimensión subjetiva acreedor versus deudor, resulta imprescindible<sup>98</sup>.

Al lado de esta inacción o abandono de derecho, del transcurso del tiempo, está también una omisión clara, pero a la vez deliberada, la falta de reconocimiento de la pretensión por parte del deudor. Mas, ¿cabe hablar hipotéticamente de ignorancia subjetiva frente a la prescripción? Todos ellos son elementos necesarios y concurrentes en el tiempo, pero son todos ¿causas eficientes de la prescripción?, es en todo caso la prescripción extintiva ¿un modo y causa de extinción de las obligaciones? Derechos que pierden su vigor, su esencia que, aunque sin desnaturalizarse se convierten

<sup>94</sup> Conforme SCAEVOLA, *Código civil*, XXXII, Madrid, 1965, p. 222 que infiere como lo que desaparece en la extintiva por prescripción es, precisamente el estado o situación jurídica obligacional, no ejercitada en sazón. En la usucapión supone hacer adquirir el dominio a la persona que, simplemente, de *facto*, tenía la posesión de la cosa durante determinado tiempo.

<sup>95</sup> Nos recuerdan AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 204 como en un momento determinado la doctrina excluyó al valorar la inercia del titular del derecho, que ésta respondiera a una “mancata difesa del diritto violato”, exigiendo como presupuesto indispensable para la prescriptibilidad un estado de hecho “contraddicente” al derecho.

<sup>96</sup> Ancla la razón de la prescripción en la oportunidad de adecuación de una situación de facto en una situación de derecho SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1978, pp. 113 y ss.

<sup>97</sup> Interrogante que contesta, categórico, CAPONI, cit., p. 728: “Non si può esigere infatti che il debitore conservi a distanza di anni la quietanza dei pagamenti effettuati, perché ciò renderebbe doveroso un comportamento superiore allo standard della diligenza ordinaria”.

<sup>98</sup> Fundamentan esa *RATIOPAFUMI/SPAGNOLO*, *La prescrizione assicurativa*, Milano, 2014, p. 3 en la certeza a las relaciones jurídicas.



solo en una *naturalis obligatio*<sup>99</sup>. Cuestión distinta es que, entre los efectos de la prescripción, sea el de dejar subsistente una obligación natural<sup>100</sup>.

No cabe duda que, ésta es la posición del legislador, categórica y cerrada cuando en el artículo 1930 del código civil se asevera que “se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean”. Indubitada la extinción o muerte del derecho, queda sin embargo por escrutar si lo que se extingue es el derecho y la acción o sólo aquél desde la óptica sustantiva o ambas desde una óptica también procesalista instrumental pues es la acción la que hace valer y canaliza la exigencia del derecho<sup>101</sup>.

Evitar indefinidamente en el tiempo la pendencia de ciertas obligaciones y con ellas vínculos de indefinición e incertidumbre, estimular el ejercicio tempestivo de las pretensiones de todo acreedor, penalizar el no ejercicio y liberar de la deuda con todos los efectos que eso puede suponer personal, pero, sobre todo, económica y patrimonial cuando no financieramente para todo deudor, fundamentan sin duda la esencia de la prescripción.

Adviértase que, en cierto sentido, es el mero transcurso del tiempo el que opera como una causa de extinción de los derechos y como medio de defensa extraordinariamente taumatúrgico frente a las acciones personales. Al lado habrá que analizar situaciones de autoresponsabilidad causales, en el sentido si es o no imputable al acreedor el no ejercicio del derecho o si ha habido impedimentos para llevarlo a cabo y a qué se debe, como también analizar el rol que pueden tener terceros de cara a oponerse al ejercicio o

---

<sup>99</sup>De ahí que autores como GHERSI, *Contrato de seguro*, cit., p. 125 aún aboguen por ver en la prescripción una liberación no definitiva, pues al ser o convertirse el derecho que pierde su acción en una obligación natural, el deudor que paga su deuda le permite al acreedor retener lo abonado con justo título.

<sup>100</sup>Se cuestiona precisamente este efecto SAVIGNY, cit., pero sobre todo ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 257 cuando afirman que la obligación natural nace de una colisión entre las normas vigentes y el derecho justo. Éste obliga a una persona cuando aquéllas no le obligan. Y sin duda en p. 258 queda clara la posición: “Fundada la prescripción extintiva en el interés social, siendo, por lo tanto, una institución justa, debe conceder una vez cumplida derechos perfectos. ¿Qué esos derechos lesionan intereses dignos de protección? Pues mayor protección merece el interés de la sociedad entera, que exige que las relaciones jurídicas no silencien durante demasiado tiempo. Eso no obsta para que luego, el que se haya enriquecido de una manera que él repunte injusta, procure remediar la injusticia; pero esto debe ser cuestión de la íntima conciencia de cada uno, en la cual no se debe mezclar la ley”.

<sup>101</sup>Afirmaban bajo el controvertido estudio del objeto de la prescripción ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 45 que es el derecho lo que se extingue, “pero como la acción no es otra cosa que el derecho mismo, y cuando se extingue la acción, se extingue el derecho, no hay inconveniente en decir que lo que se extingue es la acción”.

inejercicio de las partes que, tiene como consecuencia, la prescripción<sup>102</sup>. Asegurado o beneficiario que, tras el siniestro, no reclama la indemnización. Coasegurador abridor que no reclama el pago de la prima.

O situaciones que, en apariencia, no deben ser imputables al titular del derecho pero que se encuentra imposibilitado, por ignorancia, por supeditación a una decisión o voluntad de la otra parte, porque el beneficiario o el tercero víctima ignoran a quién dirigir su acción en pro del resarcimiento del daño, las dificultades de cuantificar el crédito, la no comunicación y por tanto el no conocimiento de un cambio de domicilio del deudor, constituyen *per se* imposibilidades fácticas a priori para poder ejercitar el derecho o la pretensión, pero que, *per se*, no paralizan el correr de la prescripción.

Cuestión distinta es analizar, como haremos *infra*, el alcance de los obstáculos jurídicos, pues una obligación sometida a condición suspensiva o a término puede acarrear discrepancias para el ejercicio efectivo del derecho<sup>103</sup>. Es evidente que la prescripción solo debería comenzar a correr desde el día en que la condición ocurre, acaece y desde el día en que el término inicial expira.

Pero qué ocurre cuando se produce el siniestro y hay que averiguar la causa misma de éste y delimitar si hay o no culpa, dolo, del asegurado o incluso de un tercero víctima, acaso ¿debería correr la prescripción desde la fecha del siniestro o desde el momento en que el titular está en condiciones o pudo plantear su derecho?<sup>104</sup> O qué sucede cuando se ignora sin culpa del tercero la existencia de un derecho como consecuencia de una actuación omisiva, fraudulenta o dolosa del deudor, ¿sería justo que el *dies a quo* se iniciare?<sup>105</sup> Como veremos fijar el *dies a quo* excede casuísticamente del dictado de una frase de un artículo<sup>106</sup>.

Otra cuestión es el origen, la función, el planteamiento, la excepción de ésta<sup>107</sup>. Excepción bidireccional en realidad, pues no solo el deudor puede

<sup>102</sup> Sobre la oponibilidad de la prescripción por parte de terceros, fundamental el trabajo de MINERVINI, *La prescrizione ed i terzi*, Napoli, 1994, pp. 7 y ss.

<sup>103</sup> Vid., entre otros, ROSELLI, “Sull’impedimento e sulla sospensione del termini di prescrizione”, *Giur. It.*, 1987, I, pp. 612 y ss.

<sup>104</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Napoles de 27 de marzo de 1982, en *Dir. e pratica assic.*, 1982, pp. 530 (con nota de SULIS).

<sup>105</sup> Acierta CAPONI, cit., p. 739 cuando afirma: “L’ignoranza senza colpa del titolare sull’esistenza del diritto è causa sospensiva della prescrizione solo in un caso: quando essa dipenda dall’occultamento doloso da parte del debitore, finché il dolo non sia stato scoperto”.

<sup>106</sup> Así, MAZZIA, “Occultamento doloso del debito ad opera di un ausiliario e sospensione della prescrizione”, *Foro it.*, 1982, I, pp. 1330 y ss., al comentar la sentencia de Cass. 4 diciembre 1981, n. 6445.

<sup>107</sup> Señalaba SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXXII, Madrid, 1965, p. 219 que estamos en

oponer la excepción de prescripción para el no pago, también puede hacerlo el acreedor. Imaginemos el supuesto de que para evitar la mora *credendi*, el acreedor excepciona la prescripción<sup>108</sup>.

Un instituto, el prescriptivo, que ha de invocarse por el interesado, hacerse valer, por vía de acción o por el contrario de excepción<sup>109</sup>; que no opera de oficio ni automáticamente, y que lo hace, con eficacia taumatúrgica tanto en un contexto judicial como extrajudicial<sup>110</sup>. Y en un sentido amplio ese hacerse valer significa también plantear y enervar las causas que pueden interrumpir el decorrer prescriptivo, como medios idóneos conservativos, si quiera, coyuntural y circunstancialmente de la pretensión<sup>111</sup>.

El silencio, la inactividad lo es o puede ser tanto de pretensiones principales como de los propios medios conservativos de éstos que el derecho ofrece<sup>112</sup>. Y como en cualesquiera otras instituciones, por consiguiente, la producción de la prescripción se supedita a la actividad del sujeto que resulta obligado en esa relación jurídica llamada a prescribir<sup>113</sup>.

---

presencia de una institución que, si es unánimemente acogida y regulada por el Derecho positivo de todos los tiempos y de la generalidad de los países, **no logra**, a través del transcurso de aquellos ni de la cuidada regulación en los ordenamientos jurídicos, que éstos vean perfilada su fisonomía conceptual.

<sup>108</sup> Vid., en este punto, TROISI, *La prescrizione como procedimiento*, cit., p. 81.

<sup>109</sup> Crítico ALBALADEJO, *La prescripción*, cit., p. 21 aduce: “Sólo inexactamente cabe decir que tal transcurso permite suponerlo abandonado. Ciertamente que, aunque constase la voluntad de no abandonarlo, prescribiría igualmente. Y afirmar que es que no se admite más prueba del no abandono que la de haberlo ejercitado, es poder de relieve que realmente lo que importa no es el abandono presunto, sino el no ejercicio”.

<sup>110</sup> Como bien se ha argumentado la excepción supone una idea o expresión que sirve, como la acción, al derecho mismo y que por tal accesoriadad, separación conceptual y dependencia no puede técnicamente identificarse con él. Porque la acción y la excepción suponen la simple exteriorización o puesta en marcha del derecho que le sirve de soporte y contenido jurídico. Se excepciona de prescripción, como se excepciona de ausencia de personalidad en el actor, pero ésta y aquélla son facultades o defensas que sirven para hacer valer procesalmente, por medio de la excepción misma, determinados medios sustantivos por los que se prueba la improsperabilidad de la pretensión contraria. Cfr. SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXXII, cit., p. 233.

<sup>111</sup> Esta vía ya la anticipaba GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880, [obra reeditada por Duncker&Humblot, 2013], p. 55 cuando veía en la prescripción la extinción de una exigencia a consecuencia de no haber ejercitado durante un cierto tiempo ninguno de los actos considerados por la ley como causas de interrupción”.

<sup>112</sup> Pero el silencio prolongado del acreedor, hace de él un “*créateur de croyance légitime*”? vid. sobre el comportamiento del acreedor, STINIS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 357.

<sup>113</sup> Nuevamente SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXXII, cit., p. 223 afirma como la prescripción consiste en el no ejercicio del derecho durante el plazo señalado por la ley.

Frente a la actividad de un sujeto paradójicamente se contrapone, además, la inactividad, la abstención de sus derechos o el cuidado propio de éstos para hacerlos exigibles<sup>114</sup>. Es el no ejercicio el vértice de la institución, pero ¿qué ocurre cuando el ejercicio es tardío o extemporáneo? El no ejercicio ex ante, durante y para el que ya, y salvo supuestos de renuncia del deudor a plantear la prescripción, el ejercicio ex post, que, aun siendo exigible la obligación, éste último supuesto de extemporaneidad cae en los brazos de una obligación natural y la voluntariedad en el pago del deudor. Pero si nos detenemos en realidad en esa inacción, lo que en el fondo late, es una pasividad total a la hora de plantear cualquier medida de preservación e integración de la pretensión misma, del derecho.

No es solo que el acreedor que no ejercita sus derechos no solicite el cumplimiento sino que tampoco desarrollará positivamente cualquier acto, medida que permita la seguridad, conservación, tutela e integridad de su derecho durante el plazo que la prescripción está corriendo<sup>115</sup>. El acreedor, el titular de la pretensión no neutraliza el inexorable paso del tiempo en la relación jurídica “limitada”, tampoco activa los medios y remedios que lo puedan paralizar para sustentar proactivamente su derecho o pretensión.

Nada tiene que ver esta situación con trazar el exacto momento en que el derecho nace y por tanto la acción activa su tutela. Momento donde la exigibilidad cobra todo su protagonismo, saber, perimetrar, conocer el momento exacto en que una obligación es exigible, lo que implica marcar el tiempo en el que la acción que la hace exigible nace y consigue o busca al menos su efectividad.

Pensemos en aquellas obligaciones sometidas a condición, *pendente conditione*, ¿cómo se concilia la condición con la prescripción?<sup>116</sup> Tanto en

---

<sup>114</sup> Aquí radica una de las grandes diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva o usucapión. En efecto, en ésta última un titular actúa, el otro no, por lo que, aunque el titular (anterior dominical) permanezca inactivo durante el plazo temporal que traza la ley para que el dominio y otros derechos reales prescriban, unos u otros se han extinguido. Es la posesión pacífica e ininterrumpida la que acaba consolidando sin necesidad de reclamar nada que realiza el usucapiente que preserva esa posesión con justo título y buena fe la que adquiere – actuación positiva – y de paso, extingue el derecho del antiguo titular que no ha actuado. En la extintiva es el no ejercicio del titular del crédito o derecho el que lo acaba perjudicando por el transcurso del tiempo.

<sup>115</sup> Señalaba GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, cit., p. 51 con una fuerte dosis de crítica hacia la inacción y ese prescriptibilidad como si la prescripción supusiese una extinción de una exigencia por su continuado no ejercicio, sería incomprensible que una Ansprüche prescriptible sobreviviera al plazo de la prescripción.

<sup>116</sup> Afirmaba de modo categórico SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo

una condición suspensiva, como resolutoria, dejemos al margen las modificativas, es necesario que la condición se dé o que el término, el plazo, transcurra<sup>117</sup>. Cuando una obligación solo es en parte o parcialmente exigible, cada parte de la obligación a medida que es exigible atesora su prescripción propia del resto, que lo hará cuando la exigibilidad sea manifiesta<sup>118</sup>.

Menos, sin embargo, tiene que ver con la posibilidad de la renuncia del beneficiado finalmente por la prescripción<sup>119</sup>. Pues ¿qué sentido tiene, en suma, que un acreedor invoque la prescripción salvo el supuesto ya avanzado de evitar una mora *credendi*? Si un deudor, un asegurado o asegurador han renunciado a la prescripción, ¿se puede acaso resucitar la misma por un acreedor vía ex art. 1111 CC, acción subrogatoria<sup>120</sup>?

Es evidente que no todo el iter siniestral en un seguro es idéntico, como tampoco la manifestación o exteriorización del daño que puede ser tardío, extemporáneo, continuado en el tiempo o por el contrario instantáneo. Donde además, la ignorancia o desconocimiento de hechos, actos y nacimientos de derechos y sus correlatos obligaciones juegan un papel clave. Tampoco debe pasar inadvertido el conocimiento del siniestro, o el conocimiento de un derecho que irrumpe en la esfera jurídica de un seguro como es el derecho a la indemnización de un beneficiario que puede perfectamente ignorar su

---

cuarto, cit., p. 187: “Para todas las obligaciones condicionales sin excepción, la prescripción no comienza hasta que la condición se cumple, y sin embargo, hay condiciones verdaderas cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del titular, respecto a las cuales, si se siguiera al regla antedicha, la prescripción debería comenzar antes de que la condición se cumpliera”.

<sup>117</sup> Categóricos señalaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la prescripción extintiva*, cit., p. 13 la prescripción de las obligaciones comienza cuando éstas son exigibles.

<sup>118</sup> Por su parte, aduce RINALDI, “La prescrizione in generale”, *Prescrizione e decadenza*, [VIOLA (a cura di)], Milanofiori Assago, 2015, p. 45 como la condición es un elemento accidental del contrato introducido por la voluntad de las partes, con el fin de subordinar el inicio o el cese de la eficacia del mismo al verificarse el avenimiento de un cierto hecho futuro e incierto.

<sup>119</sup> Estudia DÍEZ PICAZO, *La prescripción en el código civil*, Barcelona, 1964, p. 73 y ss., la relevancia que puede tener o no, la renuncia de la prescripción en relación con los acreedores y la hipótesis compleja, por cierto, de realizar o no una acción subrogatoria.

<sup>120</sup> Así, DÍEZ PICAZO, *La prescripción en el código civil*, cit., p. 74 afirmaba como la invocación de la prescripción se hace con el fin de resolver los conflictos que puedan existir entre el interesado que la invoca y el titular del derecho prescrito. Se sigue con ello una eficacia relativa de la prescripción. Que pueda invocarla cualquier interesado no puede significar un ensanchamiento del círculo de personas legitimadas para ejercitar una única facultad que, en rigor, correspondería al sujeto pasivo del derecho prescrito.

designación como tal y, consecuentemente ese derecho de crédito a su favor.

Ahora bien, ¿es racional y eficiente que un sujeto no actúe preservando o haciendo valer un derecho normalmente de contenido patrimonial de tal modo que provoca la liberación del deudor? Pensemos nuevamente en el supuesto de un daño para el asegurado, ¿es pensable que éste no solicite el resarcimiento inmediatamente o que realice cuantos actos sean necesarios para alcanzar aquella, tal y como establecen los artículos 16 y 17 de la LCS?, ¿qué mueve a tamaño comportamiento pasivo y de “renuncia” en cierto modo de ejercitar una pretensión propia?

Las partes de la relación jurídica han de cumplir o no hacerlo, pero no negocian normalmente si los plazos de prescripción ya se han iniciado, están en situación de confrontación, el beneficio o ganancia de uno -la adquisición del derecho, de la pretensión patrimonial- significa la pérdida o extinción de ese activo para la contraparte. Se exige el derecho, el subyacente patrimonial, normalmente dinerario de una pretensión que se titula. Frente a la inacción, la acción, frente a éste, o el cumplimiento o la excepción<sup>121</sup>. Una inacción con consecuencia fatalista, la destrucción del derecho y la purga de toda acción para hacerlo valer. Quién se abstiene de un poder, de un derecho, de una facultad pecha, al final, con las consecuencias negativas de su inacción. Así, la sentencia del Supremo de 25 de noviembre de 2016 asevera en su fundamento cuarto:

*“... Como pone de manifiesto la sentencia 623/2016, de 20 de octubre (RJ 2016, 4956): «La doctrina de la Sala (STS 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7619), Rc. 605/1999) viene manteniendo la idea básica, para la exégesis de los artículos 1969 y 1973 CC, que siendo la prescripción una institución **no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva** (sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero 1983 (RJ 1983, 401), 2 de febrero y 16 de julio 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987 (RJ 1987, 675)). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al*

---

<sup>121</sup> Como indica COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, p. 78 los agentes racionales no se abstienen de emprender estrategias individuales a menos que, de ese modo, obtengan algún beneficio, y sólo pueden obtener algún beneficio si al actuar sobre la base de estrategias individuales aún hay margen para mejorar. Y se pregunta sobre las estrategias individuales, ¿maximizan totalmente la utilidad en algún caso?

*interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias”.*

Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuizada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836)) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio (RTC 2007, 148)).»

El instituto de la prescripción se hace patente y presente también en el derecho de los contratos de seguros, no exento de particularidades, incluso lagunas, pero tampoco de las múltiples y complejas aristas que presenta este instituto<sup>122</sup>. Lo hace en esa dualidad acción/excepción en que divide su ontología. Pues frente a la acción del prescribiente se puede oponer la excepción, el mecanismo de defensa más extraordinario que fagocita, enerva, tumba la acción, la pretensión del actor.

El asegurado, el asegurador, el beneficiario han de actuar para consolidar y hacer valer un derecho, una pretensión que, de no hacerlo, se extingue y diluye un estado de derecho. Y bajo la dualidad del artículo 23 LCS daños *versus* personas, los plazos están tasados. Incluye los seguros de responsabilidad civil dentro del marco de los daños y el plazo de dos años, la sentencia del Supremo de 8 de marzo de 2013 que asevera en su fundamento primero:

---

<sup>122</sup>Véanse entre otras, obras de referencia como DíEZ-PICAZO, *La prescripción extintiva: en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003; GARCÍA CANTERO, “El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el derecho comparado”, AC, 1995, nº 4, pp. 907 a 923; PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986. Imprescindible la obra de JARAMILLO JARAMILLO, *La prescripción en el contrato de seguro*. Tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal, Bogotá, 2012; también en JARAMILLO J., “La prescripción en el contrato de seguro”, *Derecho de seguros*, tomo IV, Bogotá, 2013, pp. 3 a 248, incidiendo p. 3 en esta complejidad al aseverar: “temática que, como pocas, ha generado acerada polémica, en gran medida por la complejidad propia de la institución en el campo del seguro, a la par que por su especial y atípica estructura vernácula, a la que se suma la falta de precisión de algunos de los preceptos de la codificación mercantil que la disciplinan. De ahí que esta sea una figura alambrada por la dificultad, y escoltada por algunas sombras que eclipsan su cabal entendimiento y aplicación uniforme y pacífica”.

“... La sentencia de apelación confirmó la resolución apelada. Considera que el debate lo centraron las partes procesales en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) a cuyo tenor el plazo prescriptivo aplicable es el de dos años, pues los seguros suscritos “son contratos de seguros de daños al tratarse de coberturas indemnizatorias de daños y perjuicios causados por hechos previstos en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, art. 73 y ss. LCS (RCL 1980, 2295)”.

Al contrario de la prescripción adquisitiva en la que una actuación o actividad positiva, amén de los requisitos legales necesarios, consolida la misma, en la prescripción extintiva el inerjercicio o una ausencia de actuación, por tanto, una actitud negativa, consolida la prescripción, esto es, la extinción de la situación jurídica o crédito que subyace. Y es que la prescripción extintiva destruye, diluye, y deja inerte la acción que hace efectivo un derecho, que lo hace exigible y cierto. La consecuencia es la pérdida de la pretensión, del derecho, por lo que nadie adquiere éste y el deudor queda liberado.

Lo que no empece para preguntarse verdaderamente como ya hace un siglo lo hizo nuestra doctrina ¿se extingue el derecho o se extingue sólo la acción dejando subsistente una obligación natural con el mismo contenido que aquél?<sup>123</sup> ¿se extingue solo el derecho o la totalidad de la relación jurídico-obligacional?<sup>124</sup> Sin olvidar quién preconiza que el derecho simplemente se diluye, no se extingue como tuvimos ocasión de analizar *supra*.

Lo que no es factible ni argumentable es que, si para una de las partes subjetivas de la relación la obligación o el derecho ha muerto, se ha extinguido, no hay causa, por lo que la otra parte, así como la relación en sí, como tal, no subsiste. Otra cuestión sería la de los supuestos de daños o enriquecimientos, etc. Si el deudor es liberado de su obligación, no subsiste pretensión alguna por parte del acreedor. El derecho y la relación jurídica

---

<sup>123</sup> Interrogante que plantearon en su libro de 1918 ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la prescripción*, cit., p. 22.

<sup>124</sup> No es éste un interrogante casual, si no que en el fondo latía en aquellas teorías que ven el fundamento de la prescripción únicamente en la liberación del deudor y donde la pregunta es si solo tiene efectos para una parte subjetiva, la pasiva de la relación frente a la activa. Crítico con esta premisa, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 81 como sobre un plano estrictamente técnico, no se comprende como la extinción de la obligación puede no corresponder la extinción del derecho, si es verdad que la relación jurídica expresa una proporción entre posiciones jurídicas subjetivas.



caen por inexistencia de objeto, de vínculo causal y por falta de exigibilidad alguna. ¿Qué pretensión existe si no hay parte deudora frente? <sup>125</sup>

Lo hace, además, acompañado de todo su embrujo, problemático sin duda, de todos sus cuestionamientos, de su presupuesto objetivo, también subjetivo, de su funcionamiento, de sus efectos, pero también de su concepto estricto sobre el que se erige el objeto mismo de la institución, amén de destilar unos fundamentos sólidos sobre los que anclar no solo teórica sino en la práctica la institución, habida cuenta de la altísima litigiosidad que la misma plantea, síntoma de la falta de claridad y rigor en su aplicación <sup>126</sup>.

Embrujo en el que se interrelacionan dos dimensiones únicas y esenciales, el tiempo y el derecho <sup>127</sup>. Lo hace incluso ante el silencio que, en su momento, abrigaron tanto los Códigos de comercio como el civil respecto al seguro y, donde a excepción de la prescripción para el seguro marítimo que sí regulaba el de comercio, había que acudir al plazo general de los quince años –hoy cinco– que deparaba el artículo 1964 civil o el de exiguo de un año para la responsabilidad civil aquiliana en su caso <sup>128</sup>. Y a ese silencio,

---

<sup>125</sup> Incomprendiblemente AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 67 y 68 concibe la posibilidad de que aún habido sido remitida la deuda, el derecho se extinguiría pero sería posible que sobreviviese la situación jurídica correlativa, la obligación. Algo que critica contumaz y acertadamente PERLINGIERI, *La remissione del debito*, cit., p. 102.

<sup>126</sup> Nuevamente, SCAEVOLA, *Código civil*, cit., p. 220 arguye como el primer problema que el estudio de la prescripción ofrece es la concreción de su esencia, tanto en la adquisitiva como en la liberatoria, pero también las cuestiones y los diversos requisitos, efectos y circunstancias que, en ambas modalidades han de concurrir; solo queda en común en ellas el influjo del transcurso del tiempo y, a lo más, su conjunción con la inactividad de alguno de los sujetos afectados por la situación dominical u obligacional a la que la prescripción afecta.

<sup>127</sup> Desde este enfoque, véase la inteligente y cuasi filosófica aportación de TRAVAGLINO, “Le stagione della prescrizione estintiva”, *Questione Giustizia*, 2017, 1, pp. 48 y ss., [[http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-1\\_08.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-1_08.pdf)], que cuestiona en p. 49: “La prescrizione coniugata col tempo che scorre è la forma di una tutela estinta? O piuttosto di estinzione tutelata? Scopo della prescrizione è davvero quello «della difesa del presente di fronte al passato»? È forse l’immagine della estinzione tutelata che induce (nella pur probabile inconsapevolezza del legislatore) ad una prima riflessione: benché giunto all’epilogo della sua storia, alla sua estinzione per il passare del tempo, il primo significativo dell’ordinamento civilistico tradizionale, il diritto soggettivo, pare ancora imporre una sorta di tutela postuma, rispettosa e sollecita (quantunque residuale, quand’anche eventuale), benché apparentemente cancellato dalla sfera del rilevante giuridico”.

<sup>128</sup> Crítico con la técnica modificativa pero también finalista de esta modificación, GÓMEZ POMAR, “¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, cit., pp. 1 y ss., y con cierta ironía se pregunta: ¿Qué hay en el número 5 que lo hace ser preferido a otros mayores o menores a la hora de decidir convertirlo en

unamos, otro más próximo que no remoto, el del acreedor y el del titular, silencios antitéticos, pero cruciales en el devenir mismo de la institución<sup>129</sup>.

Cerramos este epígrafe con un interrogante final, a saber, ¿cuál es, en suma, el objeto real de la prescripción?<sup>130</sup> No cabe duda en torno a los efectos del instituto, pero sobre qué se proyectan esos efectos, ¿sobre derechos subjetivos?, ¿derechos indisponibles?, ¿derechos de crédito?, ¿derechos sobre cosa ajena?<sup>131</sup>

### 1.3. *La derogabilidad de la prescripción y el pactum de non petendo*

La prescripción es una institución que asienta sus principios en el orden público, la seguridad a las relaciones jurídicas habida cuenta que al derecho le repugnan las vinculaciones perpetuas y, en cierto modo, en la imperatividad de la norma<sup>132</sup>. Pero sustentar y anclar una institución en principios, en retórica, deja un cierto halo de indefinición, de escasez de argumentos reales, concisos que a la postre le doten de un sentido práctico y efectivo.

Por mucho que los principios asientan y alfombran los ámbitos y parcelas de nuestras normas positivas. Señalaba la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1956 como “la prescripción de las pretensiones en general *sirve a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica, las cuales*

---

el plazo general de prescripción? En un sentido parecido respecto del plazo para la prescripción en los seguros de responsabilidad civil extracontractual, LA CASA, *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, 2017, p. 22.

<sup>129</sup> Magistrales ALAS/DE BUEN/RAMOS, *De la prescripción*, cit., p. 51 aducían como no es un silencio físico, ciertamente. Es un silencio que por parte del acreedor se traduce en dos hechos: el no ejercicio ante los tribunales y la no reclamación extrajudicial del acreedor; y por parte del deudor, en no realizar ningún acto de reconocimiento de la deuda.

<sup>130</sup> Afirma TROISI, cit., p. 27 “la prescrizione si presenta come un istituto di applicazione per l'appunto generale e astratta, a dispetto di ogni possibile specificità delle concrete situazioni giuridiche soggettive; e quando delle discriminazioni vengono operate, queste, atinente peraltro alla mera disciplina, prendono in considerazioni soltanto i profili strutturali e mai quelli funzionali, certamente piú rilevanti”.

<sup>131</sup> Defienden su proyección a todos los derechos indistintamente, AZZARITI/SCARPELO, *Prescrizione e decadenza*, cit., pp. 203 y ss. reconduciendo su aplicabilidad únicamente a los derechos de crédito, CARNELUTTI, “Appunti sulla prescrizione”, Riv. dir. proc. civ., 1933, I, pp. 32 y ss., p. 47.

<sup>132</sup> Crítico con esta visión de orden público, paz en las relaciones jurídicas, seguridad, etc., STORME, “Perspectieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht (Met ontwerpbepalingen voor een hervorming)”, T. P. R., 1994, n° 34, pp. 1977 y ss., p. 2018.

*exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas, ya que sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo”.*

Quedarnos solo en la vaguedad de la idea de los efectos jurídicos que tiene el plazo inexorable del tiempo es solo situar el foco y el análisis sesgadamente sobre una de las aristas de esta institución poliédrica. Es la certidumbre, la que late en el fondo y finalidad de este instituto. La certeza de relaciones que se consolidan, pero que no penden *sine die* en el tiempo con toda la relatividad, pero también, conflictividad que conlleva. Romper con la inercia de la facticidad a situaciones de derecho definitivas<sup>133</sup>. Es la ley la que norma, configura y edifica el pilar prescriptivo<sup>134</sup>. Pero ¿cabría hablar o referenciar en la prescripción un “derecho-poder”?<sup>135</sup>

La que dicta y exige plazos, la que conforma los inicios de los cómputos, pero es la práctica la que rompe esquemas de unicidad y con su basta y compleja a la vez casuística. O la que permite, como en algunas

---

<sup>133</sup> Así, podemos leer en la sentencia del Supremo de 7 de enero de 1958 argumentos sólidos como: “la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial reconocen la existencia de la prescripción como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho la que sólo era de mero hecho, ya que sin este medio, la propiedad y los derechos todos estarían expuestos a la incertidumbre e inseguridad jurídica impropia de lo que constituye su esencia”.

<sup>134</sup> Ello no impide que esa misma norma se supedita, por ejemplo, en el ámbito del contrato de seguro, a lo que se establezca respecto de los plazos de prescripción en la propia póliza y, en ausencia, el dictado legal. Un dictado que puede no ser uniforme y que varíe, como sucede entre los distintos estados de Estados Unidos, de fechas. O a remisiones muy vagas o genéricas, como en Reino Unido en el que los contratos de seguro están supeditados a los plazos generales de Limitation Act 1980 para aquellas acciones fundadas sobre incumplimientos o rupturas de contrato (seis años), si bien la Enterprise Act 2016 “gives policyholders a legal right to enforce prompt payment of insurance claims”. O en el supuesto austriaco en el que la Sección 12 de la VERSVG establece un plazo generalmente de tres años, más eso sí, con la peculiaridad de que en caso de denegar la cobertura la aseguradora, ésta puede imponer al asegurado que presente una demanda dentro del plazo de un año declarando la denegación de cobertura calificada y en la que se especifican las razones de denegación de cobertura por parte de aquélla. En Canadá varía según la ley aplicable de cada Provincia; en Ontario el plazo es de dos años desde el momento en que se produce el siniestro por lo que la reclamación ha de hacerse en ese tiempo, tiempo que baja a un año en supuestos de seguros de incendio o de motor.

<sup>135</sup> Sobre este punto STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 344 y donde ejemplifican como la renuncia por medio de la prescripción puede ser calificada como derecho-poder dado que la decisión unilateral del deudor actuará sobre su posición jurídica propia y sobre la de su acreedor. Un derecho-poder es un derecho que confiere a su titular el poder de actuar sobre su propia situación jurídica o sobre la de otro por un acto unilateral que puede afectar o apuntar a la creación, a la extinción o a la modificación de la situación jurídica preexistente.

regulaciones que, amén de un plazo general, las pólizas puedan establecer otro <sup>136</sup>.

### 1.3.1. Acortación y alargación de plazos. Desafío convencional a una imperatividad antigua

De antiguo se ha discutido, pero también cuestionado, tanto la imperatividad de las normas positivas sobre la prescripción, como, en ese conciso ámbito, el rol o espacio de margen efectivo para la libre negociación y disposición de las partes sobre extremos de la prescripción. Mas, ¿pueden las partes en aras de la autonomía de la voluntad derogar, mudar, cambiar plazos, cómputos o incluso renunciar a la prescripción misma? <sup>137-138</sup>. Contundente

---

<sup>136</sup>No son pocos los estados norteamericanos que establecen esta posibilidad. Así, al plazo general de seis años para presentar una demanda por incumplimiento de contrato, pero se permite que las pólizas de seguro regulen esta cuestión, situándose normalmente el umbral en doce meses. Otra cuestión es saber y marcar cuándo efectivamente arrancan estos doce meses, máxime tras ciertas declaraciones y pruebas de pérdida que el asegurado ha de realizar. Así en el estado de Arizona “permits parties to contract around the statutory time period of six years and for a shorter time period. Specifically, A.R.S. §20-1115 permits a limitation of no less than one year from the date of occurrence in property, marine, and transportation policies, and no less than two years in all other types of insurance policies. Any policy that tries to shorten the statute of limitations to under a period of one year, however, is void under Arizona law”. Como podemos ver sitúa el umbral entre 1 año y 2 en función del tipo de póliza y veta todo pacto o imposición que cercene esos umbrales empeorando la situación del asegurado.

<sup>137</sup>Ofrecen las condiciones necesarias o requisitos que habría de tener semejante cláusula, así, KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance Law*, 2ª ed., St. Paul, 2017, p. 847 admitiendo este recorte temporal siempre que, “a contractual provision in an insurance policy prescribing a time period -which is shorter than the time period specified in the applicable statute of limitations- is enforceable if (1) it is **clear and unambiguous**, (2) **is not contrary to the reasonable expectations of the insured**, (3) **it is not unreasonable in length**, and (4) **it is not unconscionable**”. El caso *Executive Plaza LLC v. Peerless Ins. Co.*, 5 N.E. 3d 989 (N.Y. 2014) se cuestiona si esa limitación del plazo es o no, en un seguro de daños o propiedad, razonable. Peerless Insurance Company emitió una póliza de seguro contra incendio de \$ 1 millón a Executive Plaza. Esto le dio a Executive la opción de seleccionar el pago del “valor en efectivo real” o el pago del “costo de reemplazo”. La póliza también estipulaba que Peerless no pagaría el coste de reemplazo por cualquier pérdida o daño hasta que la propiedad haya sido reparada o reemplazada. Finalmente, la póliza contenía una cláusula de (prescripción) que requería que el asegurado comenzara cualquier acción legal dentro de los dos años posteriores a la fecha de la pérdida. La póliza de seguro contra incendios contenía: (1) una disposición que permite el reembolso de los costos de reemplazo solo después de que se reemplazó la propiedad y requiere que la propiedad sea reemplazada “tan pronto como sea razonablemente posible después de la pérdida”; y (2) una disposición que requiere que el asegurado presente una demanda dentro de los dos años posteriores a la pérdida; y la

la respuesta sin embargo que nos prodiga la sentencia del Supremo de 3 de julio de 2018 cuando en su fundamento segundo concluye:

“... que la prescripción de acciones es una excepción que se debe examinar con mucho cuidado en los casos en que la misma se alegue, como se dice en el recurso, es algo obvio para cualquier tribunal, como ocurre con cualquier otra cuestión que se someta a su consideración. *Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico.* El plazo prescriptivo es **improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción** (sentencias 334/2015, de 8 de junio (RJ 2015, 2741); 544/2015, de 20 de octubre (RJ 2015, 4226); 709/2016, de 25 de noviembre (RJ 2016, 5643), 661/2017, de 12 de diciembre (RJ 2017, 5410), entre otras).

Y un paso más, ¿pueden hacerlo sin con ello no se causa perjuicio a ninguna de las dos partes de la relación jurídica?<sup>139</sup> Y los plazos de

---

pregunta es obvia: ¿Un asegurado tiene cobertura para los costos de reemplazo si la propiedad asegurada no puede ser reemplazada razonablemente dentro de dos años? En opinión del juez Robert S. Smith “[el] problema con el plazo de prescripción en este caso no es su duración, sino su fecha de acumulación [.]”, ya que “no es justo ni razonable exigir una demanda dentro de dos años a partir de la fecha de la pérdida, mientras impone una condición previa a la demanda, en este caso, la finalización del reemplazo de la propiedad, que no puede cumplirse dentro de ese período de dos años”. En tales circunstancias, el tribunal sostuvo que la limitación o prescripción “no es realmente un período de limitación en absoluto, sino simplemente una anulación de la reclamación”. Vid. Al respecto, CORTLAND, “New York’s Highest Court Holds a Two-Year Suit Limitation Provision Can Be Unenforceable”, [<http://propertyinsurancelawobserver.com/2014/02/19/>]

<sup>138</sup> Advierte, NICOLAS, *Droit*, cit., p. 353 quien en base al art. 114-3 del código de seguros, las partes del contrato de seguro no pueden, ni siquiera de común acuerdo modificar la duración de la prescripción “ni ajouter aux causes de suspension ou d’interruption de celle-ci”, la contradicción y lo erróneo del artículo respecto a la posición del Code artículo 2254 en el que caben acuerdos convencionales sobre la prescripción

<sup>139</sup> Véase la aportación de DOMÍNGUEZ LUELMO, “Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en derecho de obligaciones”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, [CABANILLAS (Coord.)], vol. I, Madrid, 2002, pp. 473 y ss. Señalaba GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 117 como al no decir nada la ley sobre si era posible acortar los plazos a favor del asegurador y en perjuicio del asegurado “claro está que a favor de la libertad de las pólizas se puede aducir el argumento de que

posposición o aquellos de preclusión necesarios que algunos ordenamientos foráneos exigen antes de que empiece a transcurrir el cómputo prescriptivo y que se traducen en algunas obligaciones de hacer, por ejemplo cuando se produce el siniestro?

Niega esta posibilidad en un contrato de seguro de responsabilidad civil en donde la aseguradora trataba de repetir por conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas la sentencia del Supremo de 17 de diciembre de 2014 que dice en su fundamento segundo:

“... Alega en el planteamiento del motivo que, aunque el *artículo 1935 del Código Civil (LEG 1889, 27)* no posea un carácter tan lapidario o enérgico como el artículo 2936 del *Código Civil (LEG 1889, 27)* italiano o el artículo 300 del *Código Civil (LEG 1889, 27)* portugués, no significa que no sea igual de contundente en la imposibilidad de alargar convencionalmente el plazo legal de prescripción; lo que viene a reconocer la doctrina jurisprudencial al declarar la absoluta improrrogabilidad de los plazos prescriptivos dispuestos en la ley según se desprende de las *sentencias 151/2002, de 26 de febrero (RJ 2002, 3204), Sentencia de 12 de julio de 1985 (RJ 1985, 4003)*”.

Es obvio que, si hay tercero, éste sí puede sufrir una merma de sus derechos, pero ¿y entre asegurado y asegurador? Tanto la prolongación de los plazos, de suyo más grave, por la onerosidad extrema en la no liberación de la otra parte, como la abreviación de plazos están vetadas a la libre autonomía de la partes<sup>140</sup>. Todo ello no impidió que, en algunas prácticas extranjeras, eso sí, hoy pretéritas, se abrigasen tanto doctrinal como en la práctica, dualidades prescriptivas en función de si la prescripción del

---

existe una laguna legal que deja en libertad a los contratantes para fijar el plazo de prescripción, y que ese plazo convencional ha sido objeto de examen por las autoridades de control, y lo han estimado aceptable”. Contundente DONATI, *Trattato*, II, cit., p. 521 señalaba: “... non può più riconoscersi validità alle clausole sopraricordate che modificano comunque la disciplina legale (termini, decorrenza, sospensione, interruzione) della prescrizione e opportunamente le polizze ormai le omettono”.

<sup>140</sup> A juicio de AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza, Tutela dei diritti*, cit., p. 232 se reafirma con esta prohibición el carácter de orden público del instituto, para el que, solo la ley, en su soberana apreciación, puede valorar cual es el término conveniente para la prescripción de un determinado derecho. Para OSSA, *Teoría general del seguro. El contrato*, cit., p. 533 la regulación de la prescripción de las acciones “a que da origen el contrato de seguro, es norma imperativa por su naturaleza y por su texto, en cuya rigurosa observancia está interesado el orden público. Si la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida, es porque, antes que expiren los términos legales que la condicionan, los derechos que de ella dimanar son irrenunciables”.

contrato de seguro era legal, o la misma, la fuente era convencional o contractual en la póliza<sup>141</sup>.

Esto nos lleva realmente a plantear si el ejercicio extemporáneo de una acción, unas semanas, unos meses después del plazo legal de prescripción es lícito y admisible si tal planteamiento o acción no causa perjuicio a la otra parte. O dicho de otra manera, y que hemos adelantado supra, ¿es abusivo o un ejercicio antisocial de la pretensión si la misma se evacúa in extremis del periodo final del plazo de prescripción aún sabiendo de la existencia y consistencia del derecho o pretensión? La norma no obliga como es obvio a que se exija la pretensión cuanto antes. *A sensu contrario*, la no liberación del deudor, pudiendo liberarse por alegar la excepción de prescripción ¿acaso no supone un perjuicio económico patrimonial o prima esa moralidad de que debe pero que ha prescrito la exigibilidad de tal débito legalmente aunque no naturalmente?

La práctica ha conocido, sobre todo, en el pasado, supuestos de esa derogabilidad impuesta siquiera parcial y temporalmente por la parte fuerte del contrato, máxime ante los silencios lacunosos del legislador<sup>142</sup>. Escapa a la voluntad de las partes, dado que la regulación es legal y no convencional, la derogación parcial o particular de la prescripción, por lo que las partes no pueden en el contrato disponer libremente de los plazos sea acortándolos, sea alargándolos, prescriptivos tasados por la ley;<sup>143</sup> la prescripción no es

---

<sup>141</sup> Buena prueba y testimonio de esta situación y práctica nos la ofrece DEMOULIN, *Étude sur la prescription en matière d'assurances terrestres*, cit., que divide en dos partes en función de la fuente, legal o convencional, la prescripción. Así, para la primera, la legal, pp. 13 y ss., y la prescripción convencional, pp. 99 y ss.

<sup>142</sup> Cuestión distinta es que una norma lo permita, como se ha reseñado en nota supra. En el caso *Zuckerman v. Transamerica Ins. Co.*, 133 Ariz. 139, 650 P.2d 441 (Ariz. 1982), la Corte Suprema del estado, guiada por los principios de equidad y orden público advirió: “[W]hile the policy condition shortening the applicable statute is valid...the insurer may be estopped from raising a defense based upon such an adhesive clause where the enforcement of the clause would work an unjust forfeiture. The key factor in the determination of this issue is the question of whether the insurer has shown prejudice by reason of the delay in filing suit. In the absence of such a showing, it is fair to say that the purpose for which the insurer was given permission to insert the clause will not be served by its enforcement.”

<sup>143</sup> Cuestión distinta es cuando la flexibilidad y disponibilidad permite que la legislación establezca unos plazos genéricos y que los concretos términos de una póliza señalen otros diferentes. En algunas legislaciones estatales estadounidenses se permite esto, incluso que la póliza acorte ese plazo normalmente a un año frente a los cuatro o seis genéricos. Contrasta sin embargo con la legislación de Texas en la que según la sección o parágrafo 16.070(a) of the Texas Civil Practice & Remedies Code states that a person may not enter a contract or agreement “that purports to limit the time in which to bring suit on the . . . contract to a peri-

disponible, no es elástica ni plegable a la voluntad de las partes; de lo contrario se distorsiona la finalidad misma y esencia del instituto que, se ha caracterizado por el rigor y cierta impermeabilidad dogmática<sup>144</sup>. Pero ¿debería cambiar esta premisa máxime teniendo en cuenta el dictado de las normas principiales en el derecho comunitario y el sentido de alguna de las reformas operadas en algún país próximo?<sup>145</sup>

Acortar plazos si éstos son de suyo ya breves perjudica al acreedor, si no se interrumpe la pretensión del acreedor y beneficia al deudor, y alargarlos, perjudica la expectativa de liberación del deudor, pero ¿es más onerosa la acortación de plazos?<sup>146</sup>, o en cambio, ¿lo sería una prolongación

---

od shorter than two years.” Policy provisions establishing a contractual limitations period less than two years and subject to this statute are void and unenforceable. Es decir, si la póliza establece un plazo menor, el pacto es nulo. Así, por ejemplo, NADLER, “Is an insurance policy’s statute of limitation clause enforceable?”, 28 de octubre de 2013, [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4c1982f9-ed6d-435c-854b-ee0acaec54a4], pregunta: “Cuando el período de limitaciones contractuales -prescripción- de una póliza es nulo, la pregunta se convierte en: ¿qué plazo de prescripción se aplica a una reclamación por incumplimiento de contrato? Si la disposición de limitaciones contractuales no contiene una *savings clause*, se aplicará el período de limitación legal predeterminado para el incumplimiento de las reclamaciones contractuales.”

<sup>144</sup>No pierden al menos curiosidad las palabras sobre el giro que hubo en la negociabilidad en los condicionados de CARBONNIER, “Notes sur la prescription extinctive”, RTDCIV., 1952, vol. 50, pp. 171 y ss., p. 176: “L’expérience [écrivait-il] a montré que le péril avait changé de map, et que, dans des contrats d’adhésion, des débiteurs tout-puissants pouvaient imposer à leurs créanciers des prescriptions conventionnelles d’une brièveté captieuse. Le législateur a dû intervenir pour prohiber ces clauses abrégatives là où l’abus en avait été particulièrement criant, dans le contrat d’assurance”.

<sup>145</sup>Indica GUÉGAN, “La prescription en droit des assurances”, *La prescription extinctive*, [JOURDAIN/WÉRY (Dirs.)], Bruxelles, 2010, pp. 593 y ss., p. 596 “Ce ne sont pourtant pas les appels à la réforme de la prescription biennale qui manquaient, qu’il s’agisse de ceux de la doctrine ou même de ceux de la Cour de cassation, qu’il s’agisse d’allonger le délai de prescription, ou bien de le rendre asymétrique en l’allongeant pour les assurés tout en le raccourcissant pour les assureurs, ou bien encore d’ajouter des dispositions favorables aux assurés trop souvent malmenés par une prescription dont ils ne saisissent pas les travers et dont ils maîtrisent mal le fonctionnement. Mais sans doute, l’écho était-il moins fort que pour les appels à la réforme du droit commun de la prescription. Et sans doute faudra-t-il encore, au moins dans un proche avenir, déplorer avec d’autres que le législateur n’intervient pas davantage dans ce domaine pour tenter de réduire l’important contentieux qui caractérise la matière”.

<sup>146</sup>A favor del acortamiento, no del alargamiento, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 261: “no vemos inconveniente para ello. Las partes pueden acordar que el transcurso de la prescripción extintiva sea más corto, sin faltar a la finalidad primordial de la prescripción extintiva, que es la seguridad de las relaciones de derecho.”



encadenada de los mismos?<sup>147</sup> Qué espacio queda entonces para esta derogabilidad convencional de las partes alargando o acortando plazos prescriptivos? Verdaderamente se produce un perjuicio si se alarga el plazo? Y en este caso, ¿para quién?<sup>148</sup>

Acortar es renunciar a una prescripción futura y aún no ganada, pero, ¿realmente es esto así y se puede decir que causa un perjuicio o debemos por el contrario permitir su licitud?<sup>149</sup> Existen ordenamientos que, como el belga, tanto en la norma de 1992, como antes en la de 1874 sí admitían estas cláusulas de acortar el plazo o periodo de prescripción<sup>150</sup>. En la ley del seguro, el legislador belga no ha prohibido expresamente las cláusulas de acortamiento. Ahora bien, las lecturas de los artículos 34 y 35 con respecto a la imperatividad que marca el artículo 3 hace que, todo lo que atente contra esa imperatividad está prohibido o no tendría validez<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Para ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 260 alargar el plazo más allá del acordado por la ley, significaría en realidad una renuncia parcial a las ventajas que la prescripción extintiva reporta, ya que se sujetaría a mayores dificultades el cumplimiento de la prescripción. Advierten que el riesgo de este alargamiento sería el de llegar por un procedimiento indirecto, a una renuncia anticipada.

<sup>148</sup> Categóricos sobre esta interdicción d'allonger, STINJS/SAMOY, "Rôle de la volonté", cit., p. 345 para quiénes están prohibidas por la ley, constituyendo una renuncia parcial al beneficio de una prescripción futura, por lo que estas cláusulas pactadas en la conclusión del contrato, son alcanzadas por la prohibición del art. 2220 del Code civil. Ellas frenan el curso natural de la prescripción y van en contra del dictado del legislador de evitar la negligencia de los acreedores. Tal cláusula podría "même aboutir, par une prolongation considérable de la durée du délai, à empêcher la prescription de se produire".

<sup>149</sup> A favor de esta licitud para las cláusulas que abrevian los plazos prescriptivos, HUMBLET/DAVIN, "La prescription extinctive en droit civil", *Les prescriptions et les délais*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 11. También, JACOBS, "La prescription", *Le point sur les procédures* (1ère partie), C.U.P., 2000, vol. 38, p. 166, avec notes 78 et 79; MARCHANDISE, "La prescription libératoire en matière civile", Doss. N° 64 du J.T., 2007, p. 65; REGOUT, "La prescription en droit civil", *La prescription*, C.U.P., 1998, p. 74.

<sup>150</sup> Traen DUBUISSON/CALLEWAERT, "La prescription en droit des assurances", cit., p. 637 a colación el dictado claro de la Cour de cassation que dice: "si l'institution de la prescription touche à l'ordre public le moyen de défense issu de la prescription concerne exclusivement des intérêts privés".

<sup>151</sup> Así, ancla DUBUISSON/CALLEWAERT, "La prescription en droit des assurances", *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, [JOURDAIN/WÉRY (Dir.)], Bruxelles, 2010, pp. 634 y ss., p. 636 en el orden público y en las disposiciones del Code belga (art. 2220) el que las partes no puedan alargar los plazos de prescripción pero sí pueden acortarlos. "Ceci s'explique par le fait que le raccourcissement du délai de prescription est favorable au débiteur qui sera ainsi libéré plus rapidement de sa dette". En idéntico sentido, JOUQUÉ, "Verjaring en verzekering", Bull. Ass., 2006, pp. 6 y ss., p. 7.

Abreviar el plazo parece, al menos, que se beneficia al deudor, se le refuerza en su protección dado que, transcurrido un plazo más breve, la liberación es más próxima<sup>152</sup>. Pero, ¿supone un abuso en la autonomía contractual en el seguro? ¿y si estuviésemos en cualquier otro ámbito del derecho financiero, como préstamos con interés? Así, tomar como punto de partida del cómputo del plazo un evento o una fecha anterior, sin duda, acorta el plazo, sin que necesariamente el mismo sea más breve, simplemente el inicio del cómputo se retrotrae a un hecho o a una fecha que es anterior a aquél que, en puridad configura el derecho accionable y, por ende, tutelable.

Pero admitir el acortamiento de plazos solo es dable si efectivamente las normas sobre la prescripción en el código civil y mercantil, pues no las hay en la LCS salvo la brevedad del artículo 23 para marcar la dualidad de años en función de los dos clásicos ramos, se conciben como derecho dispositivo por voluntad y acuerdo de las partes y no normas imperativas o de orden público. Y es dable además si el acreedor que todavía no lo es seguramente en el momento de negociar este acortamiento, tendría en su caso un tiempo o *tempus* suficiente y razonable para ejercer sus derechos o, cuando menos, accionar una causa interruptiva que rompa o quiebre totalmente el decorrer prescriptivo.

Si el acreedor no tuviere la posibilidad real de ejercitar y tutelar, exigiendo su pretensión, la misma sería abusiva, inequitativa y desproporcional por su onerosidad para una de las partes de la relación jurídica<sup>153</sup>. Cabe, en un terreno ahora mismo de hipótesis hacer la siguiente comparación, a saber, si comparamos el acortamiento de plazos con la posibilidad de que las partes puedan suspender de mutuo acuerdo la prescripción ya iniciada porque entre ellas han decidido iniciar conversaciones, o incluso que dirima el potencial conflicto crediticio un tercero experto, ¿acaso no es, *mutatis mutandis*, una situación similar a la del acortamiento de plazos?<sup>154</sup> Esto nos llevaría como

---

<sup>152</sup> Observa CARBONNIER, “Notes sur la prescription extinctive”, cit., p. 176 como la experiencia muestra el peligro y los cambios que se vieron en los contratos de adhesión, en el que los deudores todopoderosos, pueden imponer a sus acreedores prescripciones convencionales de una brevedad “*captieuse ou trompeuse*”. Señalan STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 347: “Pour la même raison, une clause qui prend comme point de départ du délai un fait ou une date antérieurs à l’événement visé par la loi, revient indirectement à une réduction du délai de prescription et est valable”.

<sup>153</sup> STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 348 traen a colación una póliza de seguro que previó que “sera prescrite par un an écoulé à partir du jour de l’accident, toute réclamation de garantie ou d’indemnité qui n’ayant pas été admise, n’aura pas été portée devant le tribunal compétent”. Señalan los autores que para la Corte de apelación de Mons, semejante cláusula de acortar el plazo es nula en tanto “qu’elle vise l’action en garantie”.

<sup>154</sup> Por esta vía apuntan MARCHANDISE, cit., p. 25; también, DUBUISSON/CALLEWAERT,

veremos *infra* en el capítulo cuarto al analizar la suspensión y sus posibilidades en el contrato de seguro, incluso la propuesta que hacemos siguiendo la estela de las normas principales del derecho europeo proyectado, de revitalizar la suspensión y por ejemplo que todo sometimiento a un proceso sea causa suspensiva, pero no interruptiva, como lo es el que un experto, un perito del artículo 38 LCS al dictaminar y valorar la causa del daño y su cuantificación, suspenda, pero no interrumpa.

Pero alargar es renunciar parcialmente al beneficio de una prescripción futura<sup>155</sup>. Y alargar también se puede realizar de un modo indirecto, al manipular, obstruir o tratar de cambiar o evitar pautas claras y concisas en la enorme pragmatidad y riqueza casuística que tiene el seguro, el inicio del cómputo para la prescripción<sup>156</sup>.

Pero ¿acaso y si en una renegociación, aunque la misma sea impuesta, acaso no es factible que las partes acuerden la sustitución o novación de una obligación por otra convirtiendo la prescripción en una quimera? Si bien conviene no confundir que un mero, pero explícito, reconocimiento de deuda por parte del obligado en modo alguno puede convertirse en una novación de la obligación, por lo que las partes hacen no es en puridad prolongar la relación jurídica primigenia, sino novarla, objetivamente, renegociando la parte económica o más onerosa de la relación.

Ante esa situación, las aseguradoras imponían en sus clausulados plazos de prescripción más exiguos<sup>157</sup>; eran los conocidos “negocios jurídicos de

---

“La prescription en droit des assurances”, cit., p. 637 y lo hacen porque el derecho civil, no se opone a esta situación y, por tanto, cabría extrapolarla al contrato de seguro.

<sup>155</sup> Semejantes cláusulas rompen el equilibrio y hacen muy oneroso para una de ellas, el desarrollo normal y lógico de la prescripción y en todo caso, son un mecanismo que premia, al alargar el plazo, la inactividad, por tanto, la negligencia de los acreedores. En parecidos términos, STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 346 que señala como una tal cláusula podría asimismo conducir a una prolongación considerable de la duración del plazo prescriptivo. Así, el Tratado CMR en un contrato de transporte no permite excepciones a la corta prescripción de seis meses del artículo 9 de la Ley del Transporte, y reemplazarlos por los lazos más largos del Tratado.

<sup>156</sup> Añerta de estas maniobras indirectas que buscan por esta vía este alargamiento de los plazos de prescripción, STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 346, no obstante señala: “Par contre, la prohibition ne touche pas l’hypothèse où les parties substituent une obligation à une autre, dont la prescription est soumise à délais plus court et où elles modifient, dès lors, le titre de la dette”.

<sup>157</sup> Distinguía DíEZ-PICAZO, La prescripción, cit., p. 65 respecto a la ampliación voluntaria de los plazos de prescripción y pese a que la doctrina de ese momento se inclinaba a la imposibilidad al significar “una renuncia anticipada a la prescripción en el plazo general”, como en la práctica sí podía llevarse de un modo indirecto, modificando

acortamiento de plazos de prescripción” a veces incluso, extraordinaria y quizás gravemente breves<sup>158</sup>. Pero ¿qué ocurre si este acortamiento solo beneficia al asegurador o se demuestra que éste ha actuado de mala fe?<sup>159</sup> Y contrariamente, ¿qué ocurriría si el mismo se hace de buena fe, preservando un cierto equilibrio sinalagmático y dentro de un parámetro de razonabilidad en la decisión?<sup>160</sup>

---

negocialmente el momento inicial del cómputo de la prescripción o bien dejando convencionalmente en suspenso el término de prescripción. Cita el autor la vieja sentencia del Supremo de 28 de enero de 1932 que venía a decir: “... en cuanto a si, por ser la prescripción como todas las cuestiones de índole procesal, de orden público, pueden, por la sola voluntad de los contratantes, alterarse los términos o plazos fijados en la ley para el ejercicio de cada una de las varias acciones, bien acortándolo o bien alargándolo, pudiera estimarse como equivocada nomenclatura la de llamar prescripción a tales términos o plazos, convenidos libremente en las pólizas por los contratantes, ... el actor y recurrente dejó transcurrir tres años desde que al efecto le fue otorgado el beneficio de pobreza legal hasta que interpuso la demanda ejercitando la acción”.

<sup>158</sup>Nos recordaba DíEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, p. 64 como la práctica hizo que las aseguradoras en las pólizas de seguro estableciesen que “las acciones del asegurado para el cobro de las indemnizaciones prescribirán a los seis meses contados a partir del momento de la producción del siniestro”. Por su parte, traía a colación SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23”, *Ley de contrato de seguro*, [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], 4ª ed., Cizur Menor, 2010, p. 552 la sentencia de 11 de junio de 1934 que admitió como lícita la cláusula que fijaba el plazo de prescripción en seis meses desde el fallecimiento del asegurado, pero contado desde que pudiera ejercitarse la acción, por lo que se interrumpía la prescripción durante la tramitación de la causa instruida para esclarecer la muerte del asegurado. Así, la sentencia de 23 de octubre de 1973 validó la cláusula que fijaba en un año el plazo de prescripción, dado que el contrato de seguro se regía por los pactos lícitos consignados en la póliza, conforme al derogado artículo 385 del Código de comercio. También AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza, Tutela dei diritti*, Art. 2910-2969, *Commentario del Codice Civile*, [SCIALOJA/BRANCA(a cura di)], 2ª ed., Bologna/Roma, 1977, p. 232 que hacen una retrospectiva del derecho italiano y donde era clara la prohibición para el alargamiento y no tanto para la abreviación de los plazos. Distinción que no tiene razón de ser con el Codice de 1942.

<sup>159</sup>Este fue el caso *Bowler v. Fidelity & Cas. Co. of N.Y.*, 250 A.2d 580, 589-90 (N.J. 1969). Afirman KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance Law*, 2ª ed., cit., p. 847 como en aplicación de la regla general de que un asegurador en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales “may not insist on the insured’s compliance with policy conditions when the breach has burdened the nonbreaching party’s ability to comply with the condition”.

<sup>160</sup>En este sentido FORNI, Jr., “Reviving State Insurance Claims When the Contractual and Statutory Limitations Periods Have Run: If You Snooze, Do You Always Lose?”, <http://www.rmkb.com/tasks/sites/rmkb/assets/image/373.pdf>, pp. 1 y ss., p. 14 y 15. Para BARRERA TAPIAS, “La prescripción de las acciones derivadas del seguro de responsabilidad civil”, *Memorias XXI Encuentro Nacional de Acoldese*, Bucaramanga, 1998, p. 140 y ss., aduce las dudas que han existido: “... Lo que no es tan claro es que no lo pueden acortar. En

No obstante, ¿tendría sentido una disparidad de criterio tal que se admitiera por ejemplo en el ámbito civil pero no en concreto en el de seguro jugar con esos plazos de alargamientos versus acortamiento?<sup>161</sup> O ¿qué decir si lo que se produce es un alargamiento de los plazos del artículo 23 LCS, más de dos años en daños, más de cinco en personas?<sup>162</sup>

### 1.3.2. Los derechos imprescriptibles y la autonomía de la voluntad

¿Son las disposiciones relativas a la prescripción en la ley del seguro, pero también en los códigos civil y de comercio, normas imperativas? No queremos centrar el en un silogismo falso, a saber, la prescriptibilidad *versus* imprescriptibilidad de un derecho, sino en la disponibilidad por la autonomía privada de los plazos o cómputos prescriptivos, sobre todo en la prescripción a futuro y no tanto la ya consumada<sup>163</sup>. Tampoco pueden cambiar ni pactar

---

efecto, de tiempo atrás la jurisprudencia francesa ha venido manteniendo que si uno de los fundamentos de la prescripción es el de consolidar en el tiempo las situaciones jurídicas y ese objetivo se mira como deseable, no se ve ninguna razón por la cual las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no puedan pactar que dicha consolidación se lleve a cabo en un término inferior al señalado en la ley. La tesis era controvertida. Los propios Planiol y Ripert la criticaban pro la posibilidad de que se utilizara en los contratos de adhesión contra la parte débil, lo que realmente ocurría ...”

<sup>161</sup> Curiosamente ésta es la solución tras la reforma de la Ley de 17 de junio de 2008 en Francia. Así, KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1260 donde analiza como el nuevo artículo 2254 del Code establece un principio general “La duración de la prescripción puede ser abrégée ou allongée por acuerdo de las partes”. Pero a continuación el autor francés señala: “Dans le même temps, elle écarte de ce principe le contrat d’assurance; le nouvel article L. 114-3 du Code des assurances dispose que “par dérogation à l’article 2254 du Code civil, les parties au contrat d’assurance ne peuvent, même d’un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d’interruption de celle-ci”. On relèvera que la même règle est applicable, de façon générale, lorsqu’un contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur”.

<sup>162</sup> Aunque referido al derecho colombiano, afirma JARAMILLO, *La prescripción*, cit., p. 88 afirma: “Lo anterior quiere decir que dos y cinco años, son términos límite, según el caso, los que no pueden ser ensanchados o estirados, a pretexto de que no se conocieron determinados hechos, lo que corrobora que es un término fatal, ... en obsequio a la concreción, a lo que se agrega que son de orden público, lo que explica la férrea redacción ... del artículo”.

<sup>163</sup> Así, en el caso *Stanley A. Gagne v. STATE FARM Fire and Casualty Co.*, No. E2011-01117-COA-R3-CV - Filed March 5, 2012, la póliza explícitamente decía: – the policy explicitly provides that – “No action shall be brought unless there has been compliance with the policy provisions. The action must be started within one year after the date of loss or damage.” Tennessee courts have uniformly held that a contractual limitation period such as the one in this policy enforceable. También, el caso *Certain Underwriters at Lloyd’s of Lon-*

el inicio del cómputo de cara a la prescripción, pese a las enormes dudas que la práctica genera y la ausencia en este extremo de una regulación clara y armónica<sup>164</sup>. Por tanto, un ámbito es hablar de la no disposición por la autonomía de la voluntad de las normas de la prescripción y su derogación singular y pactada y otra medir el alcance de la misma y sobre todo, la renuncia a la misma, toda vez que el plazo ha concluido y beneficia sin duda al deudor<sup>165</sup>. Es cierto que, al menos en las disposiciones de la LSC que el artículo 23 se enmarca en un título con un claro carácter imperativo pero a la vez genérico para todo contrato de seguro con independencia del ramo al que se adscriba. Pero ¿es penetrable, discutible, moldeable esa pretendida imperatividad conforme al artículo 2 LCS?<sup>166</sup> ¿puede la autonomía de la voluntad derogar, en aras de sus propios intereses particulares, disposiciones legales tales como la prescripción que abocan a la extinción del contrato? Admitirlo, más allá de entrar en la discusión de la prescriptibilidad de unos derechos o no, significa también erosionar y cuestionar las normas sobre extinción obligacional. Pero en el otro fiel de la balanza añadamos una nueva variable. A saber, si no son negociable los términos, plazos, inicios, de la prescripción, por qué entonces se puede renunciar a la misma?

No olvidemos que, pese a la vocación de generalidad de la prescripción y su extensión a cualquier derecho, existen en los ordenamientos, derechos

---

*don v. Transcarriers Inc.*, 107 S.W.3d 496 (Tenn. Ct. App. 2002); o el caso *Phoenix Ins. v. Brown*, 381 S.W.2d 573 (Tenn. Ct. App. 1964); o *Burton v. Nationwide Ins. Co.*, 2007 WL 3309076 (E. D. Tenn. Nov. 6, 2007).

<sup>164</sup>Contundentes PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 80 recuerdan como todas las decisiones judiciales que se han ocupado de este problema han proclamado el principio por el cual las partes del contrato no pueden determinar pacticiamente el dies a quo de la prescripción.

<sup>165</sup>Apunta BIANCA, *Le garanzie reali – Le prescrizione*, cit., p. 528, “más bien parece reconocerse que la inderogabilidad de la disciplina de la prescripción se justifica en razones de interés público que establece el fundamento del instituto, es decir el interés público a la certidumbre de las relaciones jurídicas”.

<sup>166</sup>Esta situación se ha reflejado igualmente en el derecho belga, máxime entre la contraposición entre la ley de 1874 que, paradójicamente para algunos contratos de seguro aún sigue en vigor, y la nueva normativa de 1992. El viejo artículo 32 de aquella ley abrigaba una disposición con claro carácter supletivo en el que el plazo de tres años podía ser modificado y reducido por pacto. El punto de inicio del cómputo podía, además, ser modificado igualmente. La reforma de 1992 introduce un marcado carácter imperativo y que implica que ni el tomador, ni el asegurado pueden derogar convencionalmente los plazos previstos ni para alargarlos, ni, aparentemente, para abreviarlo, lo que es nuevo, así, las partes no pueden más modificar el punto de partido de la prescripción tal y como está definido en el art. 34. Vid., ampliamente DUBUISSON/CALLEWAERT, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 638.

imprescriptibles<sup>167</sup>. Como también derechos indisponibles<sup>168</sup>. Derechos que nada tienen que ver con los facultativos, derechos o categoría de derechos que escapan a la prescripción abrigados bajo el viejo brocardo latino “*in facultativis non datur praescriptio*”<sup>169</sup>. A ello unamos concepciones clásicas o tradicionales frente a las que se han dado en llamar modernas<sup>170</sup>. No cabe duda que entre estos derechos imprescriptibles/indisponibles se integran los derechos de la personalidad, derechos en los que la tutela es absoluta<sup>171-172</sup>.

---

<sup>167</sup> Una buena casuística de acciones que no prescriben la encontramos en PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, cit., pp. 39 y ss.

<sup>168</sup> Pocos han tratado esta dualidad derechos imprescriptibles versus derechos indisponibles que AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, Tutela dei diritti, cit., p. 204 y ss., quiénes aseveraban que un derecho debe considerarse indisponible si del mismo el titular no puede privarse con un acto de voluntad. En p. 206 los autores señalaban: “la indisponibilidad relevante a los fines de la imprescriptibilidad es solamente aquella que constituye una peculiaridad objetiva inherente a algunos derechos por su intrínseca naturaleza. Un derecho, que sea disponible objetivamente considerado, no se convierte en indisponible si por la situación jurídica de su titular o por vínculos que nacen de un particular destino se hallan en una condición de limitada disponibilidad”. Véase además TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 15 nos ofrece un concepto de derecho indisponible. Más recientemente DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 21 denuncia por un lado las enormes dificultades hermenéuticas que la dualidad imprescriptibilidad versus indisponibilidad presenta respecto de la prescripción, pero por otro lado la falta de caracterización que la norma hace de un derecho indisponible. Siguiendo a AZZARITI-SCARPELLO, se considera que la noción de imprescriptibilidad exige que la indisponibilidad sea plena y absoluta.

<sup>169</sup> Adveraba en su momento SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, tomo cuatro, cit., p. 269 de modo contundente: “La prescripción es *juris publici* en el sentido de que está fuera del arbitrio de las voluntades privadas como lo están las reglas y las formas del procedimiento que tienen con ella gran analogía, y como lo está la propiedad, que no puede ser legítimamente declarada inalienable por contrato”. Para CASTÁN, cit., p. 971 solo son prescriptibles las acciones que constituyen pretensiones o exigencias, y se enderezan, por ende, a imponer un acto u omisión a determinada persona; no los derechos que no son pretensiones, especialmente los llamados *derechos potestativos*, susceptibles de caducidad; tampoco prescriben las meras facultades que corresponden al titular del derecho como consecuencia del mismo (*res merae facultatis*, *derechos facultativos*), y son también imprescriptibles los derechos que están fuera del comercio y disposición de los particulares.

<sup>170</sup> Sobre este particular, vid., COLLAZOS/FAJARDO, “Prescripción en el contrato de seguro ¿tradición o modernismo?”, *RIS*, 2010, n° 33, vol. 19, pp. 13 y ss., p. 20 anclan en el orden público la inmodificabilidad de sus términos bienales o quinquenales, alejando del ámbito de la voluntad su disponibilidad en cuanto a la posibilidad de establecer el cómputo de los mismos. Es decir, el orden público de la prescripción no se circunscribe únicamente a la inmodificabilidad de sus términos, sino más allá de ello, y así la norma no lo diga, a la prohibición de disponer la manera de contabilizarlos.

<sup>171</sup> Así, RUOTOLO, *Codice civile*, cit., p. 3573 engloba entre estos derechos personalísimos,

Indudablemente, la prescripción es un medio idóneo, pero también latente en derecho, para adquirir o, para liberarse, transcurrido un determinado umbral temporal, un derecho ante la inacción o inercia pasiva de un acreedor, en nuestro caso, asegurador o asegurado<sup>173</sup>.

Pero régimen legal por parco que fuera y autonomía privada entorno a una cuestión tan medular como la prescripción no casaban bien, habida cuenta de la imperatividad con que el ordenamiento regula la institución<sup>174</sup>. Por imperativa que la norma fuere, el reducto último de actuación u omisión queda relegada al ámbito de la esfera decisional del propio actor, quién decidirá si actúa o no, o si renuncia, pues, ¿acaso las normas imponen una suerte de deber exigible? La esfera decisional es propia y única para el acreedor, que decidirá si actúa y con que alcance o por el contrario renuncia a su pretensión, pero nada es consensual con el deudor ni negociable en aras de la prescripción.

Cuestión distinta son pactos de *non petendo* y de exigibilidad y que proyectarán su eficacia y fuerza de cara al inicio del cómputo<sup>175</sup>; pues una obligación pura y una condicionada responden a intervalos de exigibilidad diferentes<sup>176</sup>. Mas eso sí, una vez que hayamos resuelto el silogismo si un

---

el derecho al nombre, a la imagen, al status, donde la indisponibilidad está ligada al hecho que son resultado “connaturati alla stessa esistenza della persona fisica”.

<sup>172</sup> Señala MOLFESE, *Prescrizione e decadenza*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 61 los derechos imprescriptibles pueden ser tanto los derechos indisponibles como los verdaderos y propios derechos imprescriptibles.

<sup>173</sup> Asertivos y no menos categóricos, PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione assicurativa*, cit., p. 3 cuando afirman: “La prescripción del derecho no existe para liberar a los deudores de sus obligaciones, sino que existe para dar certeza a las relaciones jurídicas. Esta es un instituto de derecho privado, pero su fundamento es el interés público”.

<sup>174</sup> Aducía DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 62 que a pesar de existir razones de necesidad y de utilidad social que justifican y fundamenta la prescripción y de ahí la imperatividad de las normas legales y la no disposición de plazos por las partes sí podrían admitirse ciertos negocios. Imperatividad que, para alguna doctrina, constriñe y rompe cualquier negocio dirigido a modificar el régimen legal y por lo que sería inválido o ineficaz. El autor admite la renuncia a la prescripción

<sup>175</sup> Sobre el pactum de non petendo y una buena trazabilidad histórica, vid., entre otros, FLORENSA I TOMÁS, “El pactum de non petendo desde Roma hasta la codificación: su identificación y versatilidad en el ámbito remisivo”, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, [LLAMAS POMBO (Coord.)], Madrid, 2006, pp. 683 y ss., p. 692 donde distingue el tradicional pacto de no pedir en sentido estricto cual negocio jurídico, y donde no hay extinción de la relación, y de otra parte, y la remisión de la deuda, negocio bilateral extintivo.

<sup>176</sup> Acierta RUOTOLO, cit., p. 3607 cuando afirma tras distinguir lo que es la normativa



pacto de non petendo<sup>177</sup>, o un pacto de prórroga del cumplimiento o término del cumplimiento incide y en su caso de qué manera, o no incide por el contrario en el régimen de prescripción<sup>178</sup>.

Como es sabido, una cuestión es la no derogabilidad de las normas y régimen prescriptivo configurado por la ley y otro bien distinto es que las partes, no puedan, pactar o acordar condicionar la eficacia de una prestación a través de implícitos pactos de non petendo, o incluso acordar convenir un término inicial<sup>179</sup>. Términos decadenciales introducidos por las partes que constriñen los efectos finales de la prescripción<sup>180</sup>.

El asegurador que no reclama o que no actúa frente al impago de la prima, aun gozando en este caso de título ejecutivo. El asegurado que no exige la restitución de la prima abonada en exceso. ¿Abandonan su derecho el actor? ¿hay una suerte de remisión tácita?<sup>181</sup> Y a sensu contrario, el

---

irrenunciable sobre prescripción de lo que es renunciar ya a una prescripción ganada: “las ventajas obtenidas con el cumplimiento de la prescripción son plenamente disponibles, así como la renuncia a la misma, no existiendo razones para considerar que la norma no haya tenido en cuenta el mismo dato cronológico –anterioridad del negocio respecto del cumplimiento del término- al cuál se refiere la norma sobre los límites de validez de la renuncia”.

<sup>177</sup> Para la sentencia de Casación italiana, civil, sez. III, de 12 de abril de 2006, n. 8606, “il *pactum de non petendo* non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione, fissato dall’art. 2936 cod. civ., in quanto incide sostanzialmente sulla stessa azionabilità della pretesa, per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso”.

<sup>178</sup> Esgrimen PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 82 la sentencia de Casación civil, sez. III, de 28 de enero de 2005, n. 1754 que consideró que la prescripción del derecho del asegurado a la indemnización no puede ser prorrogado o interrumpido por el hecho de que haya sido eventualmente propuesta una demanda de anulación de la “pericia contractual”, “... non essendo alle parti dato di incidere sulla detta disciplina prescizionale (nemmeno) mediante il collegamento di quest’ultima domanda con quella di indennizzo”.

<sup>179</sup> Conforme también DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 39 quién recuerda como según la jurisprudencia el *pactum de non petendo* establecido entre las partes no integraría la violación de prohibición de derogación convencional del régimen legal de la prescripción, incidiendo meramente sobre la accionabilidad de la pretensión, allí donde la prescripción iniciará el decorrer por el vencimiento del término fijado por las partes.

<sup>180</sup> A favor, véase DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 51 donde las partes pueden “stabilire dei termini decadenziale anche in pendenza di un termine di prescrizione, con l’unico limite stabilito dall’art. 2965 c.c., laddove è sancita la nullità dei patti che fissino termini decadenziali che rendano estremamente difficoltoso ad una delle parti l’esercizio di un diritto”.

<sup>181</sup> Señala OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*, Granada, 1995, p. 16 ante las que se conocen como llamadas subjetivas en la perimetración del fundamento de la prescripción, que lo que subyace a estas teorías es la exigencia de un posible deber exigible no consagrado legalmente de ejercitar los derechos por parte del titular.

deudor con su silencio e inacción va ganando lentamente la prescripción, pero ¿por qué no hay un deber de exigibilidad real y líquida de sus obligaciones?<sup>182</sup>

Y ese abandono significa la pérdida de ese estado de derecho y de esa pretensión que, ejercitada diligentemente y a tiempo, no precluye ni extingue aquél. De nada sirve ratificar a posteriori actos que trata de enervar y paralizar una prescripción ya ganada<sup>183</sup>.

#### 1.4. *La renuncia de la prescripción*

¿Se puede renunciar a la prescripción?<sup>184</sup> ¿qué incentivo tiene un asegurador para renunciar a una prescripción a su favor y pagar por ejemplo la suma indemnizatoria?, ¿es, como preguntábamos *supra*, negociable, dispositivo para las partes esta renuncia habida cuenta que el legislador y una doctrina mayoritaria han anclado las raíces de la prescripción en una sabia imperativa?<sup>185</sup>; ¿la renuncia anticipada o la consumada?<sup>186</sup> ¿es eficiente y

---

<sup>182</sup>En este punto son oportunas las reflexiones de RUOTOLO, *Codice civile*, [ALPA/MARICONDA(a cura di)], tomo III, Artt. 2291-2969, Milanofiori Assago, 2013, donde contrasta esa inactividad o inercia con el daño al interés de ese derecho que no se defiende. Así, señala en p. 3568: “l’operatività della prescrizione viene collegata non al semplice comportamento omissivo del titolare, ritenendosi necessaria altresì la lesione dell’interesse che di quel diritto costituisce l’elemento sostanziale ed il difetto di reazione contro la lesione”. Sobre esta lesión del interés afirma DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 20 esta lesión del interés es la que hace surgir en la cabeza del titular la facultad de reaccionar que, si no lo ejercita en los términos fijados por la ley, determinará la extinción del derecho por prescripción

<sup>183</sup> Así, traen a colación PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 80 la sentencia de Casación civil, sez. III, de 18 de enero de 2995, n. 900, que excluye al titular del derecho, después de haber dejado prescribir su pretensión, la posibilidad de ratificar con eficacia retroactiva el acto interruptivo de la prescripción llevada a cabo por un falsus procurator: es propio sobre el presupuesto de que, como consecuencia del efecto retroactivo del instituto de la ratificación, se obtendría un resultado de eludir la norma sobre la prescripción.

<sup>184</sup> Se preguntan STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 345 “Peut-on renoncer au droit de prescrire?”, a lo que contestan que no a la renuncia anticipada dado el dictado del art. 2220 del CODE civil belga, en lo que es una protección del deudor, la ley tiene igualmente en cuenta el interés general de evitar la negligencia de los acreedores. Clásico afirmar en la doctrina italiana, vid. DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 53 y la pléyade autores que trae a colación que la renuncia es un “negozio unilaterale di natura abdicativa”.

<sup>185</sup> Se preguntan DUBUISSON/CALLEWAERT, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 639 si el carácter imperativo de los artículos 34 y 35 de la ley belga de seguros es o no un onstáculo a la renuncia.

racional hacerlo?<sup>187-188</sup>, ¿y qué efectos tiene la misma, sobre la obligación ¿puramente eliminativa-purgativa de la misma?<sup>189</sup>. Y en caso de renuncia, la prescripción ganada que, en todo caso, desactiva la exigibilidad de la obligación civil o mercantil, ¿convierte ésta primero en una obligación natural y al renunciar el deudor la resucitaría de nuevo como obligación civil o mercantil?<sup>190</sup> En cierto sentido, admitida la renunciabilidad de la prescripción, si bien es matizable el momento y el tipo de prescripción, estamos ante una institución/excepción que puede ser usada o no por el deudor.

En efecto, desde la óptica civil se reduce a una excepción. O es que, además cuando el deudor acepta pagar la deuda, sea cual sea, la prima, los intereses moratorios, la indemnización, la acción por daños, etc., está explícitamente renunciando al beneficio de la excepción que tiene o podría tener a su alcance y como remedio extintivo, la prescripción del derecho exigido. Y si el asegurador, o el asegurado, ¿solo aceptan pagar parcialmente lo que se debe, la indemnización, la prima, etc.? ¿estamos ante una renuncia explícita por la parte no satisfecha?<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> Afirman STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 345 que sin esta prohibición a la renuncia anticipada de la prescripción, la cláusula de renuncia anticipada a la prescripción habría sido de estilo en el contrato, haciendo toda prescripción ilusoria.

<sup>187</sup> Conciben STINJS/SAMOY, “Rôle de la volonté”, cit., p. 344 la renuncia de la prescripción como un “derecho-poder” dado que la decisión unilateral del deudor actuará sobre su posición jurídica propia y sobre la de su acreedor. Un derecho-poder es un derecho que confiere a su titular el poder de actuar sobre su propia situación jurídica o sobre la de otro por un acto unilateral que puede afectar o apuntar a la creación, a la extinción o a la modificación de la situación jurídica preexistente.

<sup>188</sup> Señala ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, cit., que si es general el argumento de que el juez no puede intervenir haciendo valer una prescripción no invocada o llamando la atención de las partes sobre la posibilidad de alegarla, es porque la prescripción afecta a derechos disponibles y, por consiguiente, es renunciable. Admitida la renuncia esto significa que ha de ser incompatible con el error o el desconocimiento, que es, probablemente, lo que sucederá cuando el demandado conteste a la demanda pero no oponga la excepción.

<sup>189</sup> Explica la operativa de la renuncia TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 75, así la obligación civil, seguida de la inercia prolongada del acreedor, se extingue y en su puesto subentra una obligación natural, la cuál, a su vez, seguida la renuncia del deudor, se convierte en obligación civil.

<sup>190</sup> Probablemente es ésta una de las grandes cuestiones, dirimir qué sucede con la obligación tras la prescripción ganada y si aquella se convierte o no en obligación natural. Por su trascendencia véase el análisis que realizan ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., pp. 259 y ss.

<sup>191</sup> En este sentido y trayendo a colación una sentencia de Anvers de 16 de diciembre de 1987, DUBUISSON/CALLEWAERT, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 639 ponen

O por el contrario debería erradicarse la existencia o planteamiento de una *obligatio naturalis*, dado que muerta la pretensión legal, ¿tiene sentido resucitar y revivir una pretensión natural?

Es evidente que la prescripción ganada o cumplida difiere de aquella que no lo es<sup>192</sup>. Como también lo es que una renuncia a una prescripción ganada hace que el pago hecho de buena fe sea un pago liberatorio, pero qué ocurre cuando la renuncia perjudica a terceros o a otras personas. Piénsese en la renuncia a la prescripción en caso de coobligados o coaseguradores<sup>193</sup>.

Indudablemente quién renuncia a la prescripción ganada o completada a su favor habiendo podido excepcionar la misma ante la pretensión del acreedor o titular, está reconociendo de un modo u otro la deuda. La situación guarda su similitud, mutatis mutandis, con quién paga el débito prescrito. Pues primero no esgrime la prescripción y acto seguido, paga una deuda que había prescrito. Este pago, imaginemos el pago de una indemnización cuando el derecho a exigirla ya había prescrito, es irrepetible por parte de la aseguradora. Mas no debemos fundamentar tal pago en los caracteres de una obligación natural, estamos ante un legítimo cumplimiento de una obligación<sup>194</sup>. Esta irrepetibilidad del deudor por ese pago de una deuda prescrita ha sido condicionada en algún ordenamiento a que el pago se hubiere hecho espontáneamente<sup>195</sup>.

---

el acento en que el asegurador renuncia por ejemplo a la prescripción también cuando acepta indemnizar parcialmente el daño sufrido por la persona lesionada y designa un médico experto para que lo atienda en la parte no cubierta por la indemnización. Añaden como a veces la renuncia a la prescripción se deduce del comportamiento adoptado por el asegurador que ha permitido llegar a la creencia de que renunció a invocar la excepción al tomar, por ejemplo, la dirección del juicio.

<sup>192</sup> Así señalaba SAVIGNY, cit., p. 269 que la prescripción cumplida puede ser anulada por contrato, es decir, que se puede renunciar, en totalidad o en parte, al beneficio que la misma procura. “En efecto, aún aquéllos que pretenden que la prescripción destruye la naturalis obligatio admiten, sin embargo, que la prescripción obra *per exceptionem*; y es evidente que los actos jurídicos pueden modificar de todas maneras el derecho que resulta de una excepción”.

<sup>193</sup> Así, en caso de deuda solidaria, decían ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 283 que si la deuda ha prescrito, ha prescrito también la solidaridad de la misma, que es un accesorio suyo. En el caso de que pague uno de los deudores, renunciando a la prescripción, los demás, al reclamárseles lo que les corresponde, podrán alegar la prescripción por aquél no alegada.

<sup>194</sup> Conforme en este sentido y comentando el artículo 2940 del Codice, AZZARITI/SCARPELO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 244 que niegan que tal disposición se funde sobre el carácter de obligación natural que la deuda asumiría seguida a la verificación de la prescripción. Sin lugar a dudas quién paga tras el periodo de la prescripción está implícitamente haciendo una renuncia tácita a prevalerese de esta prescripción completada y que ha y habría extinguido plenamente la obligación misma.

<sup>195</sup> Así, AZZARITI/SCARPELO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 245 condiciona esta

¿Perjudica a todos o los restantes coobligados la renuncia? O supuestos de pago hecho pese a haber podido alegar la prescripción a un beneficiario que además perjudica a un tomador o al haber hereditario – caudal relicto –. Es evidente que la no alegación de la prescripción, como la renuncia a la misma puede trascender a las partes inmediatamente involucradas<sup>196</sup>.

No en vano el artículo 1937 del código civil salva, en línea de la vieja acción pauliana – art. 1911 –, la posibilidad de este daño a tercero, acreedor, permitiendo que éste, así como cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, puedan utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor<sup>197</sup>. Quiénes sean estos terceros, estos acreedores así como cualesquier otra persona interesada no resulta de todo indiferente<sup>198</sup>. Piénsese en los herederos del asegurado que pueden renunciar a la herencia

---

irrepetibilidad del pago, conforme al art. 2940 del Codice, si el mismo ha sido efectuado de modo espontáneo, es decir, sin coacción física o moral. Señalan a su vez los autores que cualquier vicio de la voluntad que de todos modos hubiera determinado en el deudor la ignorancia del cumplimiento de la prescripción, no ha sido tomado en consideración por la ley.

<sup>196</sup> Se preguntaba GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, I, Madrid, 1909, p. 141 respecto a la renuncia de la prescripción ya consumada, en la que si bien es cierto que cada deudor solidario puede renunciar a la prescripción en beneficio del acreedor, si ¿podrá el acreedor valerse de la renuncia de un deudor contra los otros coobligados que no hayan renunciado? A lo que contestaba negativamente porque al extinguir la prescripción la deuda, extingue también el mandato de los codeudores entre sí, y no está en la facultad de cada uno el darle vida sin consentimiento de los demás.

<sup>197</sup> Indica DE PABLO CONTRERAS, “Artículo 1937”, *Código civil comentado*, vol. IV, [CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (Dirs.)], 2 ed., Cizur Menor, 2016, pp. 1463 y ss., p. 1464 como el interés de los acreedores en hacerla valer a pesar de la renuncia del deudor resulta obvio si se considera que el que no la invoca y paga voluntariamente una deuda no hace “renacer” un derecho extinguido (ni cumple tampoco una obligación natural, o sea, moral o de conciencia pero no jurídica), sino que da satisfacción a un derecho de crédito existente y vivo justamente por no haber ejercitado o hecho valer el deudor la facultad de modificación jurídica que, por el transcurso del plazo prescriptivo, le confería el ordenamiento. De ahí, la legitimación que confiere a aquéllos el art. 1937, que razonablemente se refiere sustancialmente al ejercicio de la acción subrogatoria, también, en caso de fraude, de la pauliana, en la que el acreedor podría invocar la prescripción de la pretensión de pago frente a un tercero que hubiere sido hecha efectiva por su deudor para reintegrar su importe al patrimonio de este. Desmenuzando el artículo 1111 y relacionándolo con el 1937, vid. ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., pp. 277 a 283. Y enfatizan como el *perjuicio* es necesario; lo que no es necesario es el *fraude*.

<sup>198</sup> Concluyen DUBUISSON/CALLEWAERT, “La prescription en droit des assurances”, cit., p. 640 “Pour autant que cette renonciation ait été faite en connaissance de cause, après l’échéance du délai, et qu’elle réponde à toutes les conditions de validité de l’acte juridique unilatéral, elle nous paraît valable”.

y asumir su condición de beneficiarios, piénsese en la insolvencia del asegurado que fallece y la insolvencia del beneficiario y las dos masas pasivas que coinciden temporalmente <sup>199</sup>.

El debate hoy como ayer, se reconduce a una dualidad clara, a saber, una cuestión es la renuncia de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones, máxime si la misma está ganada y el plazo concluido, y otra, el cuestionamiento del comienzo de los plazos prescriptivos o su transcurso <sup>200</sup>. Sin esconder que, en cierto modo, estamos inmersos en una relativización, cuando no relajación de los presupuestos de la prescripción, amén de reducción importante de los plazos, no solo en nuestra práctica, sino también en todo el derecho comparado donde se abre un mayor juego a la autonomía de las partes <sup>201</sup>.

Mas, ¿puede renunciarse a la prescripción? <sup>202</sup> ¿Estamos ante una declaración recepticia ante el deudor <sup>203</sup>? Y en su caso, ¿a futuro o solo la ya

<sup>199</sup> Señalaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 282 como interesa saber quiénes son estos interesados en hacer valer la prescripción de los que, además de los acreedores, habla la ley. Hacen hincapié los autores en que podrán prevalerse de la prescripción alegándola cuando el prescribiente haya renunciado a ella, quienes tengan una obligación accesoria de la obligación principal, como son, por ejemplo, los fiadores.

<sup>200</sup> Concretan PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 80 como la Corte de Casación ha distinguido formalmente entre la determinación pacticia del *dies a quo* de la prescripción, y la determinación pacticia del momento de exigibilidad del crédito.

<sup>201</sup> Un buen espejo nos lo ofrece TRAVALIGNO, cit., p. 53 tras analizar la experiencia francesa y alemana y que afirma: “oltre al riconoscimento di un’ampia autonomia alle parti, costituiscono vicende che sembrano spingere la disciplina della materia in una direzione opposta, caratterizzata proprio dalla relativizzazione del dogma della certezza del diritto, in favore del riconoscimento di ampi e discrezionali margini alla decisione caso per caso – di cui pure si avvertono i pericoli, come testimonia la previsione di termini «finali» inderogabili”.

<sup>202</sup> Una cuestión es renunciar a la prescripción y otra a la ya ganada. Así, MANGIALARDI, “La prescripción en el contrato de seguros, RIS, 2008, n° 29, pp. 9 y ss., p. 21 aduce: “cuando el asegurador realiza un ofrecimiento al asegurado estando la acción prescripta, ello debe interpretarse como renuncia de la prescripción cumplida. De la misma manera, las diligencias para llegar a un acuerdo transaccional, es una renuncia a la prescripción cumplida, ya que se trata de un acto de reconocimiento del derecho del asegurado”. En esta línea ya se pronunciaba HALPERIN, *Seguros*, 3ª ed., [BARRATO(Actualizada la obra por)], Buenos Aires, 2001, p. 1045

<sup>203</sup> Es éste un tema muy discutido en su día por la doctrina, a saber, dictaminar si tiene naturaleza recepticia o no la renuncia a la prescripción. Niegan eficacia a esta recepción autores como GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 87; también VITUCCI, *La prescrizione*, Commentario al codice civile, [SCHLESINGER (a cura di)], Milano, 1990, p. 202.

consumada?<sup>204</sup> Pues, ¿cuáles son en definitiva los efectos que intrínsecamente lleva el mecanismo prescriptivo?<sup>205</sup>

No puede renunciarse a un derecho imprescriptible, otra cosa es renunciar a la prescripción ganada. Es decir, si la ley configura una acción, un negocio como prescriptible, las partes no pueden inferir ni pactar la imprescriptibilidad del mismo<sup>206</sup>. Escapa al margen de la voluntad y disposición libre de las partes<sup>207</sup>. Alcanzada la prescripción que puede excepcionar el deudor, también puede hacer caso omiso a la misma y pagar el débito. Si no se ha ganado la prescripción, no hay nada, para alegarla tiene que haberse ganado, consumado. Otra cuestión es caer en el viejo debate, silogista, si la prescripción opera *ipso iure*, o por el contrario hay que alegarla en todo caso por el deudor o persona que la ha ganado en beneficio propio. Sería en este caso, la eficacia automática, la alegación ¿una mera exigencia de índole procesal?<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> En este sentido, COLLAZOS/FAJARDO, “Prescripción en el contrato de seguro ¿tradicción o modernismo?”, cit., p. 21 inciden en que sí es posible la renuncia expresa o tácita de la prescripción a los ojos del ordenamiento jurídico colombiano, ello siempre y cuando los presupuestos de ley para su configuración se hayan cumplido, asunto distinto es pretender renunciar a ella cuando aún no se han cumplido los requisitos legales para su configuración.

<sup>205</sup> Así, NUZZO, “La renuncia alla prescrizione”, *Prescrizione e decadenza*, [VIOLA (a cura di)], Milanofiori Assago, 2015, pp. la prescripción obra sus efectos sobre toda la relación jurídica y no solamente sobre el derecho reclamado por el sujeto activo.

<sup>206</sup> Señalaba MORANDI, “La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, *Memorias correspondientes al Sexto Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros Acoldece*, 1980, p. 137 “las mismas razones que vedan renunciar a la “prescripción” y “abreviar” los términos legales, conducen a negar validez a los pactos o convenciones tendientes a aumentarlos, lo cual equivale en realidad a una renuncia, de parte del deudor, a alegar la prescripción al cumplirse el plazo fijado por el legislador”

<sup>207</sup> Señala la sentencia de Casación civil italiana, sez. II, de 1 de agosto de 2013, n. 18425, “la renuncia a la prescripción es un acto negocial que implica la voluntad de *dismettere* el propio derecho a la liberación de una obligación”. Por su parte la sentencia de Casación civil, sez. III, de 22 de mayo de 2007, n. 11882, dice: “una vez “maturata” la prescripción, ya no es hipotizable un acto interruptivo (que presupone una prescripción en curso), mas solo una renuncia a la prescripción ya “maturata”, constituye un acto negocial que puede ser completado únicamente por quien puede disponer válidamente del derecho”.

<sup>208</sup> Para ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 263 la prescripción extintiva produce sus efectos *ipso iure*, y, por lo tanto, es lo mismo la renuncia realizada antes o después de haber sido alegada, siempre que la prescripción reúna todos los requisitos para producir efecto. La prescripción es un modo de liberarse que proporciona al por ella favorecido, el derecho a no cumplir la obligación.

La prescripción consumada tiene efecto extintivo, neutralizador de las exigencias del acreedor, pero si el deudor paga, pudiendo no hacerlo por esta prescripción ganada, el pago es un pago debido, pero como obligación natural. Pero no porque ésta se transmute automáticamente de nuevo en una obligación exigible, viva<sup>209</sup>. Esto nos lleva a una contraposición mayor que es la dualidad renuncia versus remisión de la deuda. Una remisión de la deuda no se identifica con la renuncia, en tanto que la renuncia se dirige a una simple disposición en realidad del derecho de crédito pero no necesariamente [acaso ante una deuda o crédito solidario la renuncia de un acreedor solidario extinguiría la relación jurídica] y en todo caso a la extinción de la obligación, en cambio la remisión, de suyo, significa la extinción de toda la relación jurídica obligatoria entre las partes.

La renuncia del deudor – de carácter personalísimo – a la prescripción ganada – absolutamente una mera cuestión de hecho-, implica, en cierto modo, suspender, neutralizar el valor y efecto extintivo y liberatorio que aquélla proyecta y logra. Una renuncia que puede operar, al no ser recepticia la declaración, con total desconocimiento para la parte interesada, el propio acreedor que ignora o ha ignorado, primero la tempestividad oportuna y necesaria para el ejercicio de su derecho y, segundo, la renuncia a la prescripción consumada y ganada que podría esgrimir el deudor como excepción a su actuar extemporáneo<sup>210</sup>. Lo que no significa es defender un valor claudicante de la prescripción ganada, pero sí quizás abdicativo a favor de quién la misma le favorece<sup>211</sup>.

¿*Quid* con aquella renuncia expresa o tácita que estuviere afectada por un vicio de la voluntad, error, violencia, etc.? Debemos además distinguir estos supuestos de aquél en el que puede darse o existir una ignorancia del interesado. La renuncia a la prescripción es un acto consciente, volitiva-

<sup>209</sup> Véase la importante aportación de PERLINGIERI, *Remissione del debito e renuncia al credito*, Napoli, 1968, pp. 150 y ss., donde distingue nitidamente la renuncia y la remisión, pero también alerta frente a posiciones doctrinales de construcciones artificiosas.

<sup>210</sup> Es en palabras de la jurisprudencia “un acto eficaz independientemente de su conocimiento por parte del interesado, porque la voluntad resulta de manera inequívoca”, así, sentencia de Casación civil de 15 de junio de 2009, n. 13870, y que afirma: “... la renuncia a la prescripción ... es un negocio unilateral no recepticio, cuya validez y eficacia prescinde del conocimiento que tenga el sujeto interesado, siendo necesario únicamente que la voluntad del renunciante resulte en modo inequívoco”.

<sup>211</sup> Fuertemente crítico TROISI, *La prescrizione*, cit., p. 76 argumenta como la inidoneidad estructura y funcional de la renuncia a producir efectos inmediatos y directos en la esfera jurídica es inconciliable con la tesis de la “*reviviscenza*” de la relación jurídica que implica la producción de consecuencias jurídicas, inmediatas y directas, en la esfera de otro sujeto, el acreedor.



mente aceptado por el renunciante y, por tanto, interiorizado por éste. Y es que, el error o la ignorancia del renunciante precisamente sobre la misma renuncia anularía o excluiría todo efecto abdicativo<sup>212</sup>.

¿Qué ocurre si por error el asegurado o el asegurador renuncian a una prescripción ganada a su favor? ¿podrían pedir en este caso, la parte renunciante por un error de hecho, la anulación de su renuncia? Acaso ¿puede hablarse de genuino valor abdicativo de una renuncia que no se conoce, se ignora o por error se lleva a cabo? ¿Y si el deudor paga cuando la prescripción ya había sido ganada? Pensemos en aquellos casos en los que el deudor paga sin hacer referencia a la renuncia de la prescripción. Y no lo hace porque no tiene conciencia ni conocimiento de la prescripción. Por tanto, no sabe que podía perfectamente negarse al pago de la obligación. ¿Estamos ante un pago de lo indebido? Si entendemos que subsiste tras la prescripción ganada por el beneficiario – el deudor –, una obligación natural, no pago lo indebido sino lo que debe. Pero en cambio, quiénes tras la prescripción propugnan y defienden la extinción legal y natural de toda obligación, sí estaríamos ante un pago de lo indebido y un enriquecimiento sin causa. Paga el deudor por error porque cree que debe<sup>213</sup>.

Piénsese también en el supuesto por ejemplo de una aseguradora que pagase parcialmente una indemnización por una deuda ya prescrita, o incluso que estuviese pagando esa indemnización a modo de renta vitalicia llegado un determinado término en el contrato de seguro y sobreviviente el asegurado. La cuestión debe centrarse en si el asegurado es sabedor que tenía a su favor una prescripción y no ha querido renunciar a la misma, o por el contrario sí renuncia a aquélla pero ya ha pagado parcialmente parte de la deuda indemnizatoria.

La pregunta es clara, ¿es eficaz ese pago parcial realizado por la entidad aseguradora? La respuesta solo puede ser positiva si existe una inequívoca voluntad de renunciar a la prescripción ganada por parte de la aseguradora. Si no existe tal, el pago no es válido<sup>214</sup>. Adviértase que

---

<sup>212</sup> En este punto certeramente DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 56 que trae a colación la sentencia de Casación civil de 16 de octubre de 1957, n. 3875.

<sup>213</sup> Apuntaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 272 el derecho del titular se ha extinguido por la prescripción, y se ha extinguido, aunque no se haya alegado; la extinción es completa, absoluta, como la misma extinción que produce el pago; al pagar, por lo tanto, el deudor paga una cosa que no debe; si el pago lo realizó por error, ¿no cae de lleno en los supuestos del artículo 1895 del Código civil español que habla del cobro de lo indebido?

<sup>214</sup> Acierta NUZZO, “Rinuncia, sospensione e interruzione della prescrizione”, *Prescrizione e decadenza. Come farle valere nel processo*, [CASSANO (a cura di)], Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 111 y ss., p. 155 cuando asevera que estamos ante una cuestión de

dejamos ahora al margen la *naturalis obligatio* que podría existir.

Finalmente queda por enfatizar que si bien es admisible la renuncia de la prescripción ésta solo puede condicionarse a una prescripción consumada, concluida en su plazo y, por tanto, favor debitoris. No cabe una renuncia preventiva ni tampoco una renuncia constante aún el plazo o término de tiempo de la prescripción. A nuestro juicio el valor que tendría esta declaración unilateral del deudor no sería otro más que el de un acto interruptivo cuando menos de la propia prescripción<sup>215</sup>.

Y a *sensu contrario*, algo que es imprescriptible, las partes no pueden acordar la prescripción, al caer fuera de la autonomía negocial la capacidad de cuestionar o negar la imprescriptibilidad legal<sup>216</sup>. Ahora bien, ¿qué quiere decir el artículo 1935 en su apartado 2º del Código civil cuando señala que se entiende tácitamente renunciada la prescripción cuando resulte de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido?<sup>217</sup>

La norma permite que, las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Se permite renunciar a la prescripción ganada, pero ¿qué significa tal renuncia y qué ganada?<sup>218</sup> ¿acaso una renuncia impropia?<sup>219</sup> Y una suerte

---

hecho, de valorar caso a caso, verificando si el pago parcial puede configurar un hecho incompatible de manera absoluta y sin otra posibilidad interpretativa, con la voluntad de prevalerse de una causa extintiva de otro derecho. Esgrime el autor italiano en base a algún fallo de la Corte como “el pago parcial de un crédito ya prescrito no implica renuncia a la prescripción si ha sido realizado por el deudor no a “titolo di acconto”, sino en la errónea convicción de querer saldar todo el importe debido”.

<sup>215</sup> Sirva de anclaje también para este argumento la sentencia de Casación civil, Sez. II, de 15 de febrero de 1992, n. 1866 que falla: “... *la preventiva rinuncia alla prescrizione non ancora compiuta, per modo che il riconoscimento del diritto da parte del prescrivente non può avere altro effetto che di atto interruttivo della prescrizione...*”

<sup>216</sup> Así, DíEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 63 distinguía entre prescripción consumada y prescripción futura, en base al dictado del art. 1935, artículo que impide que un derecho legalmente prescriptible se convierta en imprescriptible por voluntad de las partes.

<sup>217</sup> Categórico el derecho italiano cuando el artículo 2936 Codice tacha de nulidad “*ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione*”. Las partes tienen vedado estipular acuerdos que tengan por efecto modificar: a) el término de prescripción aplicable; b) la fecha de cómputo de la prescripción; c) las causas de interrupción y suspensión de la prescripción.

<sup>218</sup> Sobre la relatividad subjetiva de la prescripción arguye DE PABLOS, “Artículo 1935”, *Código civil comentado*, IV, [CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUERTA(Dirs.)], 2ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 1459 como esta renuncia a la prescripción ganada se aplica tanto a la prescripción de acciones como a la usucapión. Siendo siempre relativas, esto es, operan en la concreta relación jurídica existente entre el prescribiente y la persona frente a la cual este la

de renuncia tácita?<sup>220</sup> Un favorecido por la prescripción puede renunciar a ella a través por ejemplo, del cumplimiento de la pretensión que subyace a la acción entablada. Pero también ante una reclamación, sería suficiente con abstenerse de invocarla<sup>221</sup>.

El nervio de la institución prescriptiva no es otro que el inejercicio de una acción para hacer valer o exigir una pretensión, un derecho. Inejercicio implica que se ha producido una suerte abandono, descuido o incuria (deseada) en el ejercicio de los derechos por parte de quien titulando una pretensión patrimonial termina no realizándola o requiriéndola a su deudor y con ello extingue la misma legalmente. Pero inejercicio significa también desde la óptica y el ámbito del sujeto pasivo, el deudor, liberación.

La inacción [o el no ejercicio del derecho<sup>222</sup>], del acreedor continuada en el tiempo, no suspendida ni interrumpida, provoca la liberación extintiva de

---

hace valer, la cual resulta determinada por el contenido de la pretensión o acción frente a la cual muestren una y otra su eficacia defensiva u ofensiva.

<sup>219</sup> Afirma PASQUAU LIAÑO, “Arts. 1930-1939”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, II, [PASQUAU (Dir.)], Granada, 2000, pp. 3401 y ss., p. 3407, que si bien la prescripción en sí misma no sea un derecho, la posibilidad de hacerla valer sí es renunciabile una vez que se haya consumado. El régimen jurídico de esta renuncia no presenta peculiaridades respecto a la referida a cualquier derecho. No comporta propiamente una modificación de la realidad jurídica en perjuicio de los terceros que pueden haberla ganado. Cabe desde luego la renuncia tácita: el reconocimiento de la deuda una vez prescrita –por tanto, cuando ya no podía interrumpir el plazo, con el “*efecto de rehabilitar la acción*” ya prescrita tal y como proclamó la STS de 28 de octubre de 1975. Concluye el autor señalando que los actos solutorios posteriores a la prescripción también pueden evidenciar una renuncia a la misma según afirma la farragosa sentencia del Supremo de 20 de febrero de 1990. Señalaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 269 como la renuncia tácita es la que resulta de hecho llevados acabo por el prescribiente; de esos hechos ha de deducirse lógicamente el abandono del derecho adquirido por la prescripción. “Como las palabras son más expresivas que los hechos, resultará mucho más difícil saber si existe una renuncia tácita que si existe una renuncia expresa”.

<sup>220</sup> Afirmaba DEMOULIN, cit., p. 94 que la renuncia tácita resulta de todo hecho que supone el abandono del derecho adquirido. Y en p. 95 asevera: “il fut même décidé que la simple discussion du dommage par l’assureur valait une renonciation implicite au moyen d’opposer la prescription”.

<sup>221</sup> Indica DE PABLOS, “Artículo 1935”, cit., p. 1460 que tal renuncia es la que requeriría, en cuanto al renunciante, capacidad para enajenar (art. 1935.1), pues supone atribuir expresamente al adversario un beneficio patrimonial que no tendría si la hiciera valer, y su efecto sería, que volviera a iniciarse el cómputo del plazo de prescripción aplicable.

<sup>222</sup> De suyo y de antiguo la doctrina polemizó entre los términos “inacción” y “no ejercicio del derecho”. Significativo de este debate, vid., DE ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p.

toda obligación por parte del deudor<sup>223</sup>. Inejercicio al que hay que sumar otra variable circunstancial, la falta de reconocimiento del derecho por la otra parte, el sujeto pasivo del derecho o deudor<sup>224</sup>. La consecuencia, transcurrido un determinado umbral temporal y no exenta de una dosis cierta de seguridad jurídica que rompa la latencia de una situación, es la extinción del derecho mismo. Inejercicio finalmente cuyas consecuencias no pueden sortearse ni tampoco vulnerarse a través de vías retroactivas<sup>225</sup>. Quién ha dejado prescribir una pretensión, un derecho, una acción no puede ex post tratar de esgrimir un acto interruptivo de aquella prescripción con eficacia retroactiva<sup>226</sup>.

Si merece atención confrontar el instituto de la prescripción con el *pactum de nonpetendo*. Este pacto marca, voluntariamente el plazo negociado por las partes para la exigibilidad misma del crédito, de la obligación. La pregunta que debemos hacernos es si este pacto altera o no el mecanismo prescriptorio, es decir, si lo condiciona o no de cara al inicio del cómputo prescriptivo.

Dicho de otro modo, el pacto establece el momento efectivo de exigibilidad del crédito, por lo que a priori el plazo o el inicio del cómputo prescripcional solo comienza a partir de esa fecha. Un momento que, puede suponer un claro efecto dilatorio a lo inicialmente previsto, sobre todo en aquellos

---

50 que aducen respecto de la expresión “inacción”: es una expresión poco técnica que hay que desechar; y es manifiestamente superior.

<sup>223</sup> Señalaba STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 333 como los elementos de la prescripción liberatoria son: (a) la inacción del titular de un derecho que se traduce en la falta de ejercicio del mismo, (b) por un período de tiempo. Como consecuencia de la prescripción liberatoria, el acreedor se ve privado de ejercer la acción (pretensión) judicial y exigir en esa sede el objeto debido.

<sup>224</sup> Advierten DE ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 50 como el reconocimiento del obligado, que puede tener lugar de muchas maneras, puede ser un reconocimiento espontáneo, dado sin que nadie lo exija; puede incluso en ciertos casos ser una demostración de que el derecho no se ejercita, pues si siempre supusiera ejercicio del derecho, como cuanto el ejercicio tiene lugar, no corre la prescripción.

<sup>225</sup> Sitúa TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 16 como punto focal de la prescripción precisar el concepto de “no ejercicio” del derecho por parte del titular, considerado unánimemente elemento causal del efecto prescripcional. Estudio AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 16 los caracteres y la naturaleza jurídica de la “inercia”.

<sup>226</sup> Traen a colación PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 80 la sentencia de Casación de 18 de enero de 2005, Sez. III, Civil, n. 900, en la que el falsus procurator trataba de ratificar con eficacia retroactiva el acto interruptivo de la prescripción, buscando consecuentemente eludir las normas sobre la prescripción, inderogable por vía privada al ser de orden público.

supuestos en los que el mismo se alcance sobrevenidamente. La eficacia del pacto traslada en el tiempo el cumplimiento previsto, pero lo hace de tal modo, que, salvo abuso, enerva los efectos del incumplimiento, pues hasta en tanto no se alcance la fecha del mismo nadie está en mora y la prescripción no inicia su cómputo.

Las partes acuerdan dilatar en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones, de las prestaciones. En tanto opere ese interin temporal no nace ni corre ningún plazo prescriptivo<sup>227</sup>. Ni siquiera significa que se produzca una dilación automática de la prescripción, pues ésta adolece de razón de ser<sup>228</sup>.

### 1.5. Prescripción: fundamento y ejercicio

Pese a ser una institución multiseccular, la prescripción todavía hoy, incomprensiblemente, presenta no pocas aristas cuanto a su naturaleza pero, sobre todo, su fundamento<sup>229</sup>. Naturaleza y fundamento juegan en planos distintos, superpuestos y que, a la postre, argumentan el basamento teórico y eficiente de la prescripción<sup>230</sup>. Seguridad jurídica, orden público, sanción, presunción de abandono, liberación, remisión de deuda, incluso la exigencia de tutelar la movilidad de bienes y derechos<sup>231</sup>, etc., cimbrean toda una pléyade de justificaciones y anclajes a los que aferrar la institución, pero

---

<sup>227</sup> Sobre la acción del tiempo o el transcurso del tiempo en el derecho, véase la aportación de HÉBRAUD, “Observations sur la notion de temps dans le droit civil”, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Tome II, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1979, pp. 1-58, especialmente, p. 13.

<sup>228</sup> Capital la sentencia de Casación de 19 de octubre de 1991 (civ. Sez. III), nº 11059 en la que se argumenta: “... inderogabilità delle norme che dettano la disciplina legale della prescrizione costituisce un principio di ordine generale ... e tale inderogabilità comporta il divieto assoluto di patti contrari diretti a prolungare od abbreviare i termini di prescrizione, di modo che un regolamento pattizio in senso contrario del computo dei termini, della sospensione e dell'interruzione inciderebbe sulla durata stessa della prescrizione”.

<sup>229</sup> Sobre los anclajes históricos, sobre todo en el derecho romano, y el paso de esta institución desde ese derecho al germánico, canónico y ulteriormente al Fuero Juzgo, ALAS/DE BUEN/RAMOS, De la prescripción extintiva, cit., pp. 7 a 40. Señala RINALDI, “La prescrizione in generale”, *Prescrizione e decadenza*, [VIOLA (a cura di)], Milanofiori Assago, 2015, p. 123 como la prescripción es uno de los institutos más controvertidos del ordenamiento jurídico al tiempo que realza el ser una típica excepción de parte, no es el juez sino la parte interesada la que ha de alegarla.

<sup>230</sup> Una perspectiva crítica sobre la naturaleza y la complejidad estructural y funcional de la prescripción, en TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 89.

<sup>231</sup> Esta era una aportación de TRIMARCHI, “Prescrizione e decadenza”, *JuS*, 1956, pp. 218 y ss., p. 232.

también la explicación y proyección de la misma<sup>232-233</sup>. ¿Siguen sirviendo en realidad todos o al menos la mayoría de estos argumentos o fundamentos de la prescripción o por mejor decir, de su existencia?<sup>234</sup> Baste una mirada siquiera de reojo a la jurisprudencia para que pueda apreciarse la alternatividad versus cumulatividad de tales argumentos en las sentencias ad hoc<sup>235</sup>.

Acaso, en puridad, argumentar en pro de la seguridad jurídica la modificación del plazo legal de quince años a cinco en la reforma de 2015 del artículo 1964.2 CC es creíble que sea firme y base en la seguridad jurídica?

---

<sup>232</sup> Así, TRAVALIGNO, “Le stagione della prescrizione estintiva”, cit., p. 50 afirma: “Incerta, del fenomeno prescrizione, è la natura, sostanziale o processuale, incerto appare il suo fondamento – trovandosi ancor oggi insanabilmente divisa la dottrina tra il postularne (pre-messa, quasi unanimemente, la “necessità giuspubblicistica”), esigenze di certezza del diritto, caratteri di sanzione per l’inerzia, finalità di adeguamento di una situazione di fatto ad una situazione di diritto, funzioni di tutela della posizione del soggetto passivo del rapporto –, discussi ancora ne sono l’operatività (automatica ovvero ope exceptionis), l’oggetto e, per finire, l’effetto”. Decía TABOADA ROCA, cit., p. 24 sea cual sea el fundamento que a la prescripción extintiva se le atribuya – presunción de abandono del titular del derecho, sanción a su inactividad, o fijeza y seguridad en las situaciones jurídicas-, no cabe duda que le afecta grandemente el transcurso del tiempo.

<sup>233</sup> Señalaba concluyente SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto, Madrid, 1879, p. 178 “El motivo más decisivo y general, igualmente aplicable a la prescripción de las acciones y a la usucapión, consiste en la necesidad de fijar las relaciones inciertas de derecho susceptibles de dudas y de controversia, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado de tiempo”. ... p. 179 “se da como tercer motivo de la prescripción de las acciones el castigo de la negligencia, motivo que no debe tomarse esta expresión en el sentido ordinario de pena, porque la negligencia que no perjudica a otro no es en general punible.” Por su parte PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva*, cit., p. 26 afirma que el fundamento radica en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular. La inactividad, silencio o falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de la prescripción por ser contrario al interés social una prolongada situación de incertidumbre jurídica.

<sup>234</sup> Sobre el carácter de expoliación, al menos en apariencia, nos hablaba al analizar su fundamento CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Madrid, 1987, p. 966, dado que priva a su legítimo titular de un derecho, por lo que la razón de ser de esta institución sería abordada desde las teorías subjetivas y objetivas.

<sup>235</sup> En Italia, la reciente aportación de 2018 de DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 15 reseña como es sobre todo en la jurisprudencia donde la *ratio legis* de la prescripción ha sido identificada en la presunción de renuncia del derecho por no uso por parte de su titular. Y a continuación el autor italiano desgrana una ingente cantidad de sentencias de Casación civil donde esa es la premisa. Concluye el autor aseverando p. 16 como el instituto tiene una naturaleza pragmática, donde responde a la exigencia pública de conferir certeza a hechos o tipos ambiguos respecto a una falta manifestación de voluntad del titular del derecho.

¿es que un plazo máximo de quince años atentaba durante un siglo y medio a la seguridad jurídica? ¿O por qué cinco y no dos o diez?<sup>236</sup> Sin olvidar que buena parte de la doctrina situó la finalidad de la prescripción en un marco genuinamente público o publicista frente al privado o privatista de los intereses particulares<sup>237</sup>.

De lo que no hay duda es que, el ejercicio de la acción rompe, interrumpe y, consecuentemente exige un derecho<sup>238</sup>. *Actio utilis*. La prescripción, a diferencia de la caducidad no es automática, no opera *ipso iure*, lo cuál no quiere decir, sin embargo, que produzca sus efectos ipso iure, más allá de la voluntad de las partes. No es en interés del prescribiente cuanto de la certidumbre y el tráfico y la seguridad jurídica por lo que la prescripción existe<sup>239</sup>.

Es la ley la que ordena, impone que se extinga el derecho como efecto y consecuencia de una abstención de accionar y falta de reconocimiento de la deuda<sup>240</sup>. Una extinción propia, taumatúrgica y categórica, autónoma *per se*

---

<sup>236</sup> No le falta razón a GÓMEZ POMAR, “Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, cit., p. 2 cuando al pronunciar por los cinco años por lo que optó el legislador de 2015 manifiesta: “¿Cuál es el interés contrapuesto que debería “equilibrar” el plazo de “vida útil” de la pretensión a un número finito y relativamente reducido de años? El redactor de la Exposición de Motivos no lo aclara, acaso por considerar obvio que la fuerza que opera en sentido contrario es la de la seguridad jurídica. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia españolas parecen entenderlo así sin ambages, insistiendo en la seguridad jurídica como valor subyacente a la institución de la prescripción extintiva, así como en la necesidad de encontrar un adecuado equilibrio de los intereses de las partes –deudora y acreedora, se sobreentiende.”

<sup>237</sup> Exponentes de esta dualidad, autores clásicos y decimonónicos como DUNOD, *Trattato della prescrizione*, Napoli, 1828, p. 17 (non vidi, cita de TROISI, cit., p. 15); TROP LONG, *Della prescrizione*, I, Palermo, 1847, p. 26 y ss.; contemporáneos como AZZARITI/SCARPELLO, cit., p. 203; apostando por una finalidad privatística, entre otros, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39; GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 866 y ss., DI MAJO, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, pp. 288 y ss.

<sup>238</sup> Señalaba DíEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 93 que esta es un “fenómeno jurídico en virtud del cual un derecho subjetivo queda extinguido en virtud del continuado inejercicio del mismo durante un determinado lapso de tiempo establecido por la ley”.

<sup>239</sup> Argumentaba LAURENT, [Non vidi, cita de SCAEVOLA, cit., p. 238], “la prescripción está establecida, no en el interés de quién prescribe, sino en el interés de toda la sociedad, a favor de todos los poseedores, con el fin de consolidar sus posiciones; a favor de todos los deudores, a fin de poner un término a las acciones”.

<sup>240</sup> A su vez, escépticos, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 59 afirmaban que la prescripción tiene un fundamento absoluto, sólo en el sentido de que es una institución que llena un fin que es necesario llenar, pero no en el sentido de que sólo ella pueda llenarlo; otra institución,

si transcurridos los plazos temporales necesarios el derecho no se ha hecho valer frente al deudor, al estar más allá de la voluntad de las partes y que convierte en inexigible ésta<sup>241</sup>. Es alegada, es defendida, es en su caso, excepcionada. Pues es el deudor el que, ante la acción del acreedor, excepciona, alega la prescripción. Pero esa misma ley ofrece herramientas para evitar el transcurso inexorable e inactivo a través de causas de interrupción que preserven el derecho del acreedor si éste, efectivamente atesora un decidido “*animus conservandi*”. Así, entre otras múltiples, la sentencia de la Audiencia de Alicante, de 24 de febrero de 2009 (Sección<sup>9ª</sup>) cuando afirma en su fundamento de derecho tercero:

“... la **prescripción extintiva tiene su fundamento** en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular. Así, la Ley fija un límite de tiempo para el ejercicio de los derechos, transcurrido el cual se establece una presunción de renuncia o abandono de la acción para reclamarlos, siendo así consecuencia del continuado “silencio de la relación jurídica” como recogen la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, de 25 de noviembre y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988. Dicho transcurso del tiempo que como se ha indicado es la base de la prescripción puede quedar, no obstante, interrumpida por una actividad del titular del derecho que sea incompatible con su renuncia o abandono, de aquí que el artículo 1973 del Código Civil establezca que la prescripción de las acciones se interrumpe “por su ejercicio ante los Tribunales, por la reclamación extrajudicial del acreedor, y por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor”. En la interpretación de tales presupuestos la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983, **ha indicado que al venir sustentada la prescripción sobre un principio de abandono mas que de intrínseca justicia, tiene que ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva, por lo que consiguientemente, es esencial a tales efectos la**

---

quizá más perfecta, podría sustituirlo en el cumplimiento de su misión; el que haya sido, y sea ella, y no otra, está determinado por motivos contingentes, históricos, por fundamentos, por lo tanto, de carácter relativo.

<sup>241</sup> Acierta OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*, cit., p. 15 que al ubicar la institución de la prescripción entre la justicia y la seguridad jurídica afirma: “siendo la prescripción extintiva la transformación en estado de derecho -de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un período de tiempo-, por cuanto si una relación jurídica permanece inerte durante un plazo determinado, ello provoca el efecto de permitir al sujeto pasivo de la misma el negarse a cumplir su obligación, en base a que tal pretensión es ya extemporánea y tardía, la seguridad jurídica actúa aquí como un principio informador del ordenamiento jurídico que da solución a un conflicto de intereses, eliminando la incertidumbre de situaciones de otro modo eternamente pendientes”.



**valoración del “animus” del afectado, de tal modo que cuando aparezca clara y manifiestamente su voluntad conservativa, se interrumpa el transcurso del “tempus”, por ello, cuando se ponga de relieve o manifiesto el “animus conservando” por parte del titular de la acción, ha de entenderse correlativamente interrumpido el “tempus praescriptio-nis” (así Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1983, 12 de julio de 1991 y 30 de septiembre de 1993”.**

Y a *sensu contrario*, el deudor ante la inacción-abandono, remisión, renuncia del acreedor que no actúa, que no cumple por las razones que sean, sabiendo que, sin reclamación de la pretensión, el transcurso del tiempo purga y libera su deuda<sup>242</sup>. Mas, ¿es de buena fe quién sabe que debe y no cumple toda vez que la obligación es exigible aun cuando no actúa el acreedor?<sup>243</sup>

Pocas instituciones como ésta están tan intrínsecamente unidas al comportamiento conductual del actor, del acreedor<sup>244</sup>. Basta un simple no ejercicio del derecho para cobijar y albergar esa inactividad o inejercicio en qu ese basa la prescripción<sup>245</sup>. Negligencia y prescripción se abrazan, van de la mano intrínsecamente unidas<sup>246</sup>. Manifestación ineludible de esa falta de

---

<sup>242</sup> De ahí que ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2, Barcelona, 1989 hablase en op. 487 del arma discrecional que a la postre refleja esta institución, y qu epermitía -en un ejercicio de buenismo- que el deudor que se sabe moralmente obligado nunca la plantee.

<sup>243</sup> La vieja jurisprudencia del Supremo, presumía este abandono del dueño. Así, la sentencia de 27 de abril de 1925, como también la de 5 de marzo de 1931 o la de 29 de junio de 1935, basaban precisamente la prescripción extintiva en esta presunción de abandono, la de quién no actúa reclamando frente a otro.

<sup>244</sup> Señalaba SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 180 un motivo para la prescripción de las acciones que no es aplicable a la usucapión, a saber, el demandante puede intentar su acción cuando le plazca, y por tanto, difiriéndola, aumentar las dificultades de la defensa, porque los medios de prueba pueden perecer sin culpa del demandado. ... **la prescripción viene, pues, a restringir este derecho absoluto del demandado y a evitar, hasta cierto punto, su mala fe.**”

<sup>245</sup> Apuntaban a la suficiencia AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza, Tutela dei diritti*, cit., p. 204 de ese simple no ejercicio del derecho para constituir aquella inercia del sujeto que la ley exige como factor esencial del instituto. Pero esta inercia no es una “mancata difesa del diritto violato”, exigiendo como presupuesto indispensable para la prescribibilidad un estado de decho “contraddicente” al derecho.

<sup>246</sup> Señalaba SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto, Madrid, 1879, p. 206 “la negligencia que constituye la base de la prescripción debe ser continuada durante un cierto lapso de tiempo. Si en un momento cualquiera de este lapso de tiempo la negligencia cesa de existir, la prescripción se interrumpe y no queda vestigio alguno de la situación que constituía la preparación de la prescripción”.

ejercicio, es también, una falta de defensa activa de las pretensiones que se titulan o se pueden lograr. Ahora bien, el jurista debe optar a la hora de trazar un perímetro sobre el fundamento de esta institución o bien por criterios subjetivos, de comportamiento y aptitud no solo del acreedor – abandono, renuncia –, sino también del deudor – “triunfador silencioso” si la misma prospera –, o bien por criterios puramente objetivos e intrínsecos al negocio jurídico y la relación jurídico-obligacional<sup>247</sup>.

De ahí que, a lo largo de los años, quiénes se han decantado por una visión subjetivista de la prescripción han anclado sus argumentos en la idea de la renuncia, el abandono del derecho propio por parte del acreedor. O por mejor decir, en la presunción de abandono. Un comportamiento subjetivo que puede ir desde la inacción consciente y deliberada, a la del propio desconocimiento o ignorancia de atesorar tal pretensión o derecho, pasando por la absoluta desidia o desinterés manifiesto. Un desinterés o indiferencia que, sin duda, proyecta en la figura de la prescripción un hondo matiz de sanción. La pérdida del derecho propio es, a priori, fruto de la inacción e indiferencia de quién debía hacerlo valer o exigir. Cuestión distinta es que en un contradictorio el propio derecho decayese o fuese cuestionado total o parcialmente y se justificasen liberándose por el deudor las causas reales del incumplimiento.

El automatismo de su eficacia requiere su enervación y planteamiento por el deudor como mecanismo de defensa y garantía. Implícitamente latirá una falta de reconocimiento por el sujeto pasivo, pero ¿debe ser activa y explícita esa falta de reconocimiento como requisito sine qua non para la operatividad anunciada? O, acaso no podría el deudor ¿plantear una suerte de prescripción negativa anticipándose al propio actor acreedor pidiendo que se declare ya una prescripción operada por el mero transcurso del tiempo al margen de la actio del acreedor?<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> Analiza escueta pero suficientemente ambas CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, cit., pp. 966 y 967. El fundamento de las teorías objetivas radica en razones de necesidad y utilidad social. En las subjetivas, en la presunción de abandono o renuncia que la inacción del titular del derecho implica. Híbrida entre los dos fundamentos la sentencia del Supremo de 13 de abril de 1956 a la hora de atribuir a la prescripción tanto el fundamento objetivo, como el subjetivo y ver que se complementa con carácter subordinado, ante la presunción de abandono o renuncia que la inacción del titular del derecho parece implicar.

<sup>248</sup> DIEZ PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 35 apuntaba tres posibilidades en las que se podía plantear además la prescripción. Así, el primero, que el favorecido con la prescripción inicie él mismo una acción para que se declare la situación jurídica que la prescripción ha creado a su favor; segundo, que el favorecido con la prescripción oponga o excepcione frente

Así las cosas, su abstención por el contrario, o abdicación total de una pretensión o unas facultades, destruye el derecho, lo diluye y, en cierto sentido, libera al deudor<sup>249</sup>. Y es en esa liberación del deudor, en la que también se ha buscado y sustentado el fundamento de la prescripción<sup>250</sup>. Solo el ejercicio tempestivo del derecho rompe la prescripción y hace valer en tiempo la pretensión<sup>251</sup>.

El legitimado decidirá actuar, o no hacerlo, por lo que el ejercicio de la acción prescribirá como fruto de la inactividad o desidia del titular de la misma. Ahora bien, en una concepción sumamente rigorista y estricta, este inejercicio puede entenderse, además, como un abandono de un derecho propio. No han faltado fallos jurisprudenciales que han abogado por una suerte de presunción de abandono del derecho por el actor que puede accionar o el deudor excepcionar.

Así, la sentencia del Supremo de 14 de julio de 1993 (RJ 1993, 5801) declara:

“... Constituyendo el fundamento de la prescripción extintiva de las acciones el abandono o dejadez en el ejercicio de su derecho de reclamación de la deuda en el acreedor que, como hemos dicho, formuló una reclamación judicial contra los hoy demandados”.

¿Qué motiva a quién se ve favorecido por una acción para reclamar o hacer valer una pretensión patrimonial a la inactuación? Y si el interesado y

---

a la demanda del titular del derecho prescrito y, tercero, que la prescripción se haga valer por vía de réplica frente a una contestación o frente a una reconvencción del demandado.

<sup>249</sup> Cuestión o ámbito que ha llevado a la doctrina, en un ir y venir sin pausa a preconizar o por el contrario castigar que la prescripción se configure para favorecer o en interés del deudor. Amén de lo irrazonable de algunas posturas, y la confusión doctrinal, véase la síntesis que hace TRAVALIGNO, cit., p. 55 y ss.

<sup>250</sup> Inequívoco exponente de esta postura, MESSINEO, *Variazioni sul concetto di “rinunzia alla prescrizione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 515, segundo quién “chi eccepisce la prescrizione esercita un diritto alla liberazione”. In *extenso*, CAPONI, *Gli impedimenti all’esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, I, pp. 721 y ss., pp. 726 y ss.

<sup>251</sup> Afirma OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva*, cit., p. 17 “queda claro cuál es la conducta que nos permite presumir el abandono del derecho que está prescribiendo: la inactividad continuada del titular durante el plazo determinado de tiempo que la ley establece; pero si tal inactividad se rompe (se interrumpe), el fundamento queda sin base y por tanto al prescripción no actúa, al faltarle no su fundamento, sino un requisito o presupuesto que le es esencial, porque el reconocimiento del deudor evita el juego de la prescripción”.

favorecido con tal posibilidad desiste o renuncia a una expectativa o derecho, ¿debe tutelarse la misma? Máxime cuando el interesado no la hace valer o abandona sus derechos. Quién no manifiesta voluntad alguna de ejercicio de una pretensión ¿debe verse favorecido por la prescripción o ésta debería ser ab initio más rigurosa y exigente? Es obvio que es sumamente difícil valorar la intencionalidad del actor, del interesado. Acaso ¿podemos imputar una cierta negligencia de quién no cuida, tutela un derecho, una pretensión propia?

Mucho más enjuiciar o exigir *ex ante* una renuncia expresa si el mismo opta por el abandono y no alargar así plazos innecesarios, mas ¿puede renunciar *ab initio* a la acción el acreedor? Y corolario de esta pregunta, ¿debería exigirse al actor acreditar el abandono de ejercicio de derechos?<sup>252</sup> Piénsese en el asegurador que no reclama las primas debidas, fraccionadas o no, aun cuando *ipso facto* el contrato se suspende o debería haber una intimación del asegurador reclamando de pago antes de la suspensión de cobertura ex art. 15 LCS?

Cuando el foco se ha detenido en teorías objetivas en busca del fundamento y raíz explicativa de la prescripción, las mismas han preterido todo comportamiento conductual del acreedor y, por extensión, del deudor y fijado el argumento explicativo en pilares que, primero, trascienden la propia y específica relación jurídico-obligacional y, segundo, informan los principios de un ordenamiento, básicamente nos referimos a la seguridad jurídica<sup>253</sup>. Fundamento que primaria y dejaría sin basamento aquellas posturas que han visto en la prescripción una función sancionadora-punitiva<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Por esta vía ahondó el Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8343), cuando señaló: "... la carga ineludible de acreditar el cese o abandono de ejercicio de los derechos, que no puede deducirse del afán o deseo de su mantenimiento o conservación, cese o abandono que se viene admitiendo, por ejemplo, de la presentación del escrito de asistencia gratuita, demanda de pobreza, reclamación previa en vía administrativa, y que también, siguiendo la misma doctrina, se debe admitir de la solicitud de procurador de oficio que formuló el actor y apelante, solo cuatro meses después de haber percibido la cantidad líquida máxima en vía ejecutiva."

<sup>253</sup> Exponente sin duda de este argumento, entre otros, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2, cit., p. 406 y que afirma que "la seguridad jurídica sufriría un grave quebranto si una situación que se ha prolongado durante largo tiempo sin ser impugnada pudiera ser atacada mediante acciones no hechas valer nunca por nadie".

<sup>254</sup> Así, OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva*, cit., p. 19 rechaza esta función sanción y se muestra crítico con la sentencia del Supremo de 14 de febrero de 1989, que explicita la prescripción como instrumento creado como medio de sanción a la negligencia del acreedor o titular del derecho. El autor tacha esta teoría de adolecer de base jurídica válida, ya que no existe un deber jurídico exigible para ejercitar el derecho. Señalaba

Pero ¿cuál es el fundamento, la razón de ser de la prescripción extintiva? ¿qué late como causa y esencia de la misma?<sup>255</sup> ¿cuál es su naturaleza jurídica?<sup>256</sup> No puede olvidarse que la prescripción sea ésta adquisitiva o sea extintiva tiene idénticos efectos como otros modos de adquirir o extinguir obligaciones y derechos, como el pago o como la compensación. Crean o extinguen derechos, sean éstos reales o sobre todo, en la extintiva, de créditos normalmente.

Tradicionalmente la doctrina ha optado por dos anclajes, sin que, por supuesto, no irrumpen vías eclécticas que toman lo mejor de cada una de ellas. Desde la óptica de las teorías subjetivas, el epicentro del fundamento ha sido el silencio, la inacción del acreedor titular<sup>257</sup>. Ahí es, en ese no ejercicio de la pretensión donde radica el nervio y fundamento de la prescripción<sup>258</sup>. De otra parte y subjetivamente, no siempre el titular del derecho estaría en condiciones de poder ejercitar la defensa del mismo: ignorancia del derecho no imputable, incapacidad, inhabilitación; en otras

---

DEMOULIN, *Étude sur la prescription en matière d'assurances terrestres*, cit., p. 7 como accesoriamente la prescripción aparece tanto como una sanción a la negligencia del acreedor que ha persistido en una inacción prolongada, cuanto como una presunción legal de liberación en favor del deudor, dispensado de conservar indefinidamente la prueba de su pago.

<sup>255</sup> Ante los vaivenes jurisprudenciales tuvo que ser la Sentencia del Constitucional 147/1086, de 25 de noviembre la que declarase: “... la prescripción, forma de extinción de las acciones para la defensa de un derecho cuyo origen está en lo que la doctrina ha llamado “silencio de la relación jurídica”, es una figura estrechamente conectada con la idea de seguridad jurídica ....; en el seno de la institución de la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que a veces ha de ceder para dar paso a aquélla y permitir un adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico”, concluye el Constitucional aseverando que el fundamento de la prescripción está, pues, “en la seguridad jurídica, principio consagrado en el art. 9.3 CE”.

<sup>256</sup> Señalaba SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXXII, cit., p. 230 como la naturaleza jurídica de la prescripción viene a integrar, en el ámbito procesal, una auténtica excepción. La prescripción funciona normalmente por vía de excepción, bien para demostrar una propiedad ganada o porque el demandado de cumplimiento de una obligación aduzca la inoperación de la pretensión contrario, obteniendo su liberación al amparo de esa declaración concreta de inexigibilidad actual del derecho o crédito que se enfrenta extemporáneamente.

<sup>257</sup> Afirmaba PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile. Trattato della prescrizione estintiva*, Torino, 1892, p. 19 “... si moralmente es censurable el titular que permanece inerte, no lo es menos el deudor que, conociendo su obligación, no la cumple: el uno y el otro están en culpa y no hay razón para castigar a uno y recompensar al otro.”

<sup>258</sup> Gráficos, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 60 “la prescripción extintiva castiga al que duerme, olvidándose de sus derechos, porque los derechos son para ser ejercitados. Esta es quizá, de todas la más extendida fundamentación de la prescripción extintiva”.

ocasiones es su actitud deliberada y decidida de no actuar, de abandonar su posición jurídica la que prima y rige su comportamiento conductual. Pero ¿tiene alguna *ratio* anclar el fundamento de la prescripción en estas actitudes o comportamientos subjetivos o se requiere un plus mayor?

Para las teorías objetivas en cambio el epicentro el basamento de la prescripción es múltiple, pero presidido ante todo por el influjo del tiempo, la tutela de estados de hecho y la prueba<sup>259</sup>.

La prescripción es un medio, es la herramienta procesal, o extraprocesal que, permite exteriorizar por el sujeto pasivo la extinción de un derecho/una obligación, pero conviene diferenciar nítidamente lo que es un procedimiento donde la misma se hace valer con sus mecanismos propios de lo que, en puridad es una institución. Pero, ¿significa esto que el fundamento de la prescripción es entonces estrictamente procesal y no material?<sup>260</sup> Su reconocimiento es sinónimo de extinción de derecho para una de las partes<sup>261</sup>.

Pero solo excepciona quién en derecho puede hacerlo. Excepciona la prescripción como último recurso, habida cuenta de no poder alegar otros hechos o mecanismos extintivos como sería el pago, o la propia compensación<sup>262</sup>. Excepciona el transcurso del tiempo quién debe, no quién no debe o haya incumplido o resuelto ex ante la relación o vínculo contractual-obligacional<sup>263</sup>. Pero, ¿es prescriptible o prescriben las excepciones? La

<sup>259</sup> Partidarios de éstas teorías, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 61 que llevan su propuesta a algo más que la inacción o el silencio del titular, en suma, a un concepto más metafórico, el silencio de la relación jurídica. Una noción que no necesita de ninguna imputabilidad y asienta la prescripción extintiva en un marco de convivencia social. La protección jurídica se contrae a aquellas relaciones que son conocidas, que se “prueban”, como normalmente deben probarse.

<sup>260</sup> Recurre nuevamente a este debate no cerrado ni exento de polémica TRAVALIGNO, cit., p. 55 afirmando: “La ricerca del fondamento processuale dell’istituto introduce, così, uno dei temi più controversi nella letteratura in tema di prescrizione, e cioè quello se la sua dimensione morfologica, prima ancora che funzionale, trovi collocazione nell’orbita del diritto sostanziale, ovvero in seno al processo.”

<sup>261</sup> Prefería más que aludir a la extinción del derecho sino a un derecho potestativo por cuyo ejercicio se extinguiría aquél MINERVINI, *La prescrizione ed i terzi*, Napoli, 1994, p. 45 cuando afirma: “con il mero decorso del tempo il debitore ... acquista il potere di provocare l’estinzione del diritto del creditore ..., facendo valere la prescrizione. Si tratta ... di un diritto potestativo, attuale e patrimonialmente rilevante”.

<sup>262</sup> Como bien señala KULLMANN, “*La prescription*”, cit., p. 1196 “la prescription éteint l’action par laquelle une personne entend faire valoir son droit. En revanche, elle ne joue pas à l’égard de l’exception qui peut être oppsée à une demande. L’exception est perpétuelle”.

<sup>263</sup> Concluía SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXXII, cit., p. 233 que si se habla de prescripción como excepción no ha de ser porque la naturaleza de aquélla sea ésta, ni porque,

prescripción excepciona y elimina el ejercicio extemporáneo de una pretensión hasta dejarla inerte. Una situación de hecho, por mucho contenido patrimonial que encierre, no hecha valer en tiempo y sazón como aseveraba para las obligaciones el viejo código de comercio de 1829, acaba eliminando, purgando la pretensión y convirtiendo una situación fáctica en una de derecho consolidada.

Cuestión distinta es enmarcar la prescripción en la acción o en el derecho, esto es, centrar el objeto mismo de la prescripción, pues ¿qué prescribe, la acción para hacer valer la pretensión o prescribe por el contrario el derecho mismo? ¿prescribe el ejercicio del derecho o la acción que trata de hacerlo exigible?<sup>264</sup> O planteado de otro modo, ¿prescribe la acción para hacer valer un derecho o directamente el derecho mismo?<sup>265</sup> O prescribe la facultad jurídica que conlleva y arrastra todo derecho subjetivo?<sup>266</sup> Interrogante este último que nos lleva al ámbito de la teoría de los derechos facultativos<sup>267</sup>.

---

como inmediata consecuencia de tal conclusión, solo pueda aducir la prescripción quién, procesalmente, esté en condiciones de excepcionar. Se trata de una institución jurídica constitutiva de un sustantivo modo de adquirir o extinguir los derechos, acciones y obligaciones que autoriza el enfrentamiento de la misma a una pretensión contraria, venga de donde viniere.

<sup>264</sup> En este sentido afirma BIANCA, cit., p. 516 siguiendo a su vez a Carnelutti en su trabajo de 1933, “chi crede in questo concetto della azione e pertanto nell’integrale distacco tra la azione e il diritto subiettivo, deve ammettere che l’oggetto della prescrizione non altro sia che il primo o anche detto con maggior esattezza o almeno con maggior compiutezza, il rapporto giuridico materiale”.

<sup>265</sup> Así, Díez-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 33 y ss., donde tras un rico debate teórico y comparado afirma p. 38 que el objeto directo e inmediato de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas las que hemos llamado “facultades de exigir”. Véase la observación que hace SCAEVOLA, *Código civil*, cit., p. 293 a esta posición de Picazo, cuando incluye otro matiz interesante, a saber, si la mejor denominación que cuadra a estos derechos es la de ser de “formación jurídica”, es porque entendemos que ciertamente resulta imprescindible, para hablar con pleno rigor científico de un derecho potestativo, exigir que éste tienda a engendrar un estado, de hecho o de derecho, no sólo inexistente hasta aquí, sino de imposible surgimiento de no ser por la iniciativa y exclusiva voluntad del titular de tan singular facultad.

<sup>266</sup> Tesis que apuntó Díez-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 37 para superar la dualidad discursiva entre si lo que prescribe es la acción, el derecho subjetivo o, en este caso tal y como argumenta el autor, la facultad de exigir. Categóricamente afirmaba: “La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción solo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce”.

<sup>267</sup> Así, AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 210 consideran que existe una categoría de derechos en los que la falta de ejercicio no produce eficacia extintiva, pero en la que no hay uniformidad en la terminología usada por los escritores que hablan tanto de “derechos facultativos, actos facultativos, facultad, facultades jurídicas”, como

Incidiremos en este ámbito en el siguiente epígrafe.

Y ese medio idóneo extintivo y liberatorio no ha sido, sin embargo, regulado con detalle o cierta minuciosidad en la normativa del contrato de seguro, pese a ser un derecho especial y configurar una prescripción a priori “propia”, con perfil propio aunque difuso<sup>268</sup>. Necesita del régimen legal de los códigos civil y de comercio, aunque la jurisprudencia ha enriquecido el contenido, los perfiles así como las pautas y comportamientos mismos de la prescripción en el seguro<sup>269</sup>.

Si es claro e indubitado que la prescripción extintiva “extingue” obligaciones y derechos ajenos ante la inactividad del acreedor toda vez que, temporalmente, no hace valer sus pretensiones, entonces, ¿cuál es su lógica?<sup>270</sup>, pues ¿extingue completamente la relación jurídica subyacente?<sup>271</sup>. Acaso el fundamento ¿opera o sirve para hablar de una causa *efficiens* de la prescrip-

---

tampoco un acuerdo para precisar la noción de tal categoría. La característica esencial del derecho facultativo consistiría en el hecho de que el titular explicaría tal derecho *in se vel in suo* pero nunca *in re aliena*.

<sup>268</sup> Es más, ni siquiera existe un régimen único y claro para todos los ramos de seguro, algo que también ocurre en otras prácticas. Así, categórico ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, p. 991 señala como: “Los derechos que surgen del contrato de seguro no están sujetos todos al mismo término prescripcional”.

<sup>269</sup> Advierte COLINA GAREA, “Artículo 23”, *Ley de contrato de seguro*, [BADILLO (Coord.)], 2ª ed., cit., p. 559 como no hay regla legal alguna para el cómputo de los plazos o para la identificación de las situaciones y circunstancias que puedan dar lugar a su interrupción y dada su naturaleza prescriptiva, éstos son susceptibles de ser suspendidos para luego reanudarse, a diferencia de lo que acontece cuando el término es de caducidad. La clave radica en el parecer casuístico de la jurisprudencia.

<sup>270</sup> Aducen LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., cit., p. 256 como ésta, la prescripción extintiva constituye un medio de liberarse de las propias obligaciones y “d’êteindre” de extinguir una deuda por el transcurso de un cierto lapso temporal, bajo las condiciones determinadas por la ley. La prescripción es de orden público, y no se puede renunciar de antemano.

<sup>271</sup> Se plantea el siguiente interrogante, TRAVALIGNO, cit., p. 51: “Se un diritto «si estingue per il decorso del tempo», è ammissibile che il rapporto obbligatorio sottostante non si estingua anch’esso, ma si modifichi, cagionando (piuttosto che un effetto estintivo), un effetto preclusivo, quantomeno sul piano processuale”? Dice la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 23 de julio de 2015, fundamento tercero: “*En nuestro derecho, como en otros de nuestro entorno, la prescripción no extingue el derecho en sí, sino que el transcurso del plazo previsto legalmente es un medio de defensa que puede ser invocado por el deudor frente a la reclamación extrajudicial o frente el ejercicio procesal de la acción por parte del acreedor o, lo que es igual, la prescripción no produce un efecto extintivo automático, sino que permite al beneficiario de la misma oponerla como medio de defensa frente a la reclamación o el ejercicio judicial de la acción por parte del acreedor. Por la misma razón no es apreciable de oficio por los tribunales y es renunciabile*”.



ción?<sup>272</sup> Lo que hemos de plantearnos por tanto, es si este instituto cumple una función sanción, función en todo caso finalista<sup>273</sup> Actuación y tempestividad se convierten en ejes de un derecho normalmente de crédito ante el incumplimiento de un hacer, de un dar, de un prestar por parte o bien del asegurador, o bien del asegurado<sup>274</sup>. Pero al lado de una cara, la liberatoria y por tanto la extinción de la obligación, existe otra, la de la excepción<sup>275</sup>.

Razones de orden público, de equidad, de equilibrio sinalagmático de las prestaciones pero también de equilibrio financiero, abonan un ámbito propicio para la prescripción<sup>276</sup>. Ámbito, en cierto punto dual, dado que permite al mismo tiempo ser fundamento y argumento del instituto. Una extinción *ministerio legis*, pero que, por otra parte, supone la eliminación y tiene el efecto de desaparición de la acción judicial que atesora pretendidamente un acreedor en aras de exigir el cumplimiento de una prestación toda vez que transcurra un tiempo específico marcado en la ley<sup>277</sup>.

---

<sup>272</sup> Así, se ha situado esta causa *efficiens*, de un lado, en el silencio del titular, de otro, en el propio tiempo, o en la ley mismo. Pero olvidamos que ambos elementos son *nerviales* para que la prescripción se produzca. Mas, ¿son los derechos sujetos a prescripción, derechos destinados a vida ilimitada? Por este campo, avanzaron ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 53.

<sup>273</sup> Así, la sentencia del Supremo de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9401) llega a argumentar: "... la prescripción, como institución, no se funda en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y abandono del derecho subjetivo, por lo que viene declarado que su aplicación por los Tribunales debe ser cautelosa y restrictiva. De esta manera se atiende destacadamente a la faceta finalista del instituto como sanción y, a consideraciones de necesidad y utilidad social que deben inspirar ... los criterios hermenéuticos de carácter lógico-jurídico, más dúctiles y acomodables a las exigencias de la vida real."

<sup>274</sup> Apuntaba SCAEVOLA, cit., p. 231 como la prescripción opera como garantía o medio de defensa legal para que, probando la concurrencia de los requisitos que la Ley exige, se obtenga automáticamente la declaración de su dominio o de la inexigibilidad de las pretensiones contrarias.

<sup>275</sup> Apunta STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., cit., p. 334 que participa de la naturaleza de una excepción ya que quien la invoca alega un hecho extintivo.

<sup>276</sup> Aducía OSSA, *Teoría general del seguro*, cit., p. 441 como las notas peculiares del contrato de seguro, su naturaleza, como contrato aleatorio, con su función protectora, con su explotación especializada, con la necesidad de caucionar la seguridad financiera de las instituciones que la asumen, en la medida en que se entienden depositarias de la confianza pública, con la eventualidad de la prestación a la que se obligan, con la debilidad económica de sus usuarios enfrentada a la solidez patrimonial de las aseguradoras, ... explica la especialidad del régimen de la prescripción en el contrato de seguros.

<sup>277</sup> *In extenso*, JARAMILLO J., "La prescripción en el contrato de seguro", *Derecho de seguros*, tomo IV, cit., p. 24 con importantes referencias doctrinales.

Lo que no significa que estemos ante una figura sencilla, y donde las diferencias con la usucapión, pero sobre todo con la caducidad, abonan un campo, el de la prescripción, de enorme riqueza dogmática y constructiva<sup>278</sup>. Y como en todo, el transcurso del tiempo [el silencio del derecho]<sup>279</sup>, puede frustrar expectativas y derechos patrimoniales, pero también condicionar reservas y tablas e índices de siniestralidad máxima para una entidad aseguradora<sup>280</sup>. Es el inejercicio de un derecho subjetivo, es la inactividad de quién titula una pretensión patrimonial que puede ser efectiva, la que le permite accionar o no hacerlo, en cuyo caso, la aptitud indolente o pasiva, o decidida a no ejercer sus derechos, hace que los mismos decaigan por el mero transcurso del tiempo<sup>281</sup>.

El legitimado decidirá actuar, o no hacerlo, por lo que el ejercicio de la

---

<sup>278</sup> Señalaba DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, cit., p. 32 como un concepto preciso y rigurosamente científico de la prescripción no puede darse, sin haber decidido antes: 1.º saber cuál es el objeto de la prescripción, es decir, saber si afecta directamente al derecho subjetivo considerado como unidad o únicamente a las acciones concedidas para hacerlo valer y defenderlo; 2.º determinar cuáles son los presupuestos de la prescripción; 3.º determinar sus efectos, lo que exige averiguar: primero, si la prescripción tiene que ser invocada por los interesados o puede, en cambio, ser acogida de oficio por el juez; segundo, si es automática o no, esto es, si sus efectos se producen o no de un modo inmediato; y, finalmente, si puede hablarse y hasta qué punto de un efecto extintivo; 4.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapión; por último, 5.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la prescripción extintiva y la caducidad, con el fin de establecer, con la mayor claridad posible cuál es la específica diferencia que separa a la primera de la segunda. Sobre las diferencias con la caducidad, entre otros, DE PABLO CONTRERAS, “De la prescripción de las acciones”, *Código civil comentado*, IV, [CAÑIZARES, et.al.(Dir.)], 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 1525 y ss.

<sup>279</sup> Así, siguiendo a Naendrup se refería DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Cizur Menor, 2008, embargo señalaba (p. 39) que referirse al “silencio de una relación jurídica” como presupuesto de la prescripción era una idea que, sin ser inexacta, era demasiado vaga e imprecisa

<sup>280</sup> Sobre lo pernicioso que puede resultar para el contrato de seguro el transcurso del tiempo, vid., PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione assicurativa*, cit., p. 4 “*Fugaces labuntur anni per l’assicurato e l’assicuratore, ed il decorso del tempo nel nostro contratto risulta pernicioso a tutte e due le parti*”.

<sup>281</sup> Magistrat DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Cizur Menor, 2008, p. 145 que refiriéndose a la prescripción extintiva y la usucapión afirmaba: “Con el término equívoco y poco expresivo de prescripción se conocen dos figuras ... en los que la continuada inactividad en el ejercicio del derecho subjetivo suponen amenaza de su extinción. Implican una grave limitación en el ámbito de libertad que confieren los derechos subjetivos patrimoniales. Pues, a diferencia de otros derechos, ..., entregan al arbitrio del sujeto la posibilidad de ejercitarlos o no ejercitarlos”.

acción prescribirá como fruto de la inactividad o desidia del titular de la misma. Ahora bien, en una concepción sumamente estricta y rigorista, este inejercicio puede entenderse además, como un abandono de un derecho propio. No han faltado fallos jurisprudenciales que han abogado por una suerte de presunción de abandono del derecho por el actor que puede accionar o el deudor excepcionar.

Así, la sentencia del Supremo de 14 de julio de 1993 (RJ 1993, 5801) declara:

“... Constituyendo el fundamento de la prescripción extintiva de las acciones el **abandono o dejadez en el ejercicio de su derecho de reclamación de la deuda en el acreedor** que, como hemos dicho, formuló una reclamación judicial contra los hoy demandados”.

En este escenario dogmático la pregunta es obvia, ¿qué prescribe, ¿el derecho?, ¿la acción que posibilita la exigibilidad de aquél?, ¿el ejercicio del derecho en sí mismo?, ¿la acción? Aparte de que tengamos paralelamente y de modo simultáneo que preguntarnos ¿qué motiva a quién se ve favorecido por una acción para reclamar o hacer valer una pretensión patrimonial a la inactuación? Y si el interesado y favorecido con tal posibilidad desiste o renuncia a una expectativa o derecho, ¿debe tutelarse la misma? Máxime cuando el interesado no la hace valer o abandona sus derechos. Quién no manifiesta voluntad alguna de ejercicio de una pretensión ¿debe verse favorecido por la prescripción o ésta debería ser ab initio más rigurosa y exigente? Es obvio que es sumamente difícil valorar la intencionalidad del actor, del interesado. Acaso ¿podemos imputar una cierta negligencia de quién no cuida, tutela un derecho, una pretensión propia?

Mucho más enjuiciar o exigir ex ante una renuncia expresa si el mismo opta por el abandono y no alargar así plazos innecesarios, mas ¿puede renunciar *ab initio* a la acción el acreedor? Y corolario de esta pregunta, ¿debería exigirse al actor acreditar el abandono de ejercicio de derechos?<sup>282</sup>

Tampoco es en el derecho común, una noción ni institución sencilla,

---

<sup>282</sup> Por esta vía ahondó el Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8343), cuando señaló: “... la carga ineludible de acreditar el cese o abandono de ejercicio de los derechos, que no puede deducirse del afán o deseo de su mantenimiento o conservación, cese o abandono que se viene admitiendo, por ejemplo, de la presentación del escrito de asistencia gratuita, demanda de pobreza, reclamación previa en vía administrativa, y que también, siguiendo la misma doctrina, se debe admitir de la solicitud de procurador de oficio que formuló el actor y apelante, solo cuatro meses después de haber percibido la cantidad líquida máxima en vía ejecutiva”.

plagada de aristas, de dudas, de contornos nunca terminados de perfilar, al igual que en el contrato de seguro donde el calibre de la exigencia de obligaciones y deberes es dispar, disímil, como lo también es su exigibilidad<sup>283</sup>. Unas aristas que se agudizan sobre todo por un hecho temporal capital, a saber, la certeza del comienzo del plazo de prescripción de la acción.

¿Cuándo comienza el *dies a quo* ante el ejercicio de una acción de reclamación, de exigibilidad de un derecho, de un crédito? Menos aún en la jurisprudencia<sup>284</sup>. No es algo predecible ni matemático, ni siquiera automático<sup>285</sup>. Al contrario, máxime cuando se ha optado, sobre todo, en los seguros de daños, por un plazo breve y, en principio, con una impronta de brevedad, que si bien no extrema, pues en algunas legislaciones el plazo es de un año, sí condiciona el grado de diligencia en la defensa de las propias pretensiones patrimoniales de los sujetos partícipes del seguro<sup>286</sup>. Plazo habitualmente criticado por su brevedad<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> Cobran todo su sentido las palabras DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, cit., p. 146 cuando al estudiar el fundamento de la prescripción aseveraba: “Parece como si los juristas tuvieran una cierta mala conciencia, al tratar de esta figura; tan grande es su preocupación por encontrarle una justificación fuera del mandato legal”.

<sup>284</sup> Ya en la doctrina gala se hacían eco de los vaivenes jurisprudenciales. Buena prueba el artículo de SARGOS, «La doctrine jurisprudentielle de la Cour de Cassation relative à la prescription en droit des assurances», RGDA, 1996, n.º 3, pp. 545 y ss., véanse especialmente los epígrafes donde el autor disecciona y se cuestiona a la vez si estamos ante una prescripción extintiva o meramente liberatoria, así como si ante una prescripción de orden público pero también de interés privado. Advierte KULLMANN, “La prescription”, *Traité de droit des assurances, Le contrat d’assurance*, tome 3, 2ª ed., Paris, 2014, pp. 1181 y ss., p. 1186 como “l’oeuvre de la Cour de cassation ne tend pas systématiquement à la protection du bénéficiaire de la prestation d’assurance. En effet, elle juge que les pourparlers ou les expertises n’ont pas pour effet de suspendre le cours de la prescription, en dépit des demandes de réforme législatives qu’elle a elle-même formulées à plusieurs reprises: et surtout, elle fait preuve d’une rigidité difficilement compréhensible quand elle adopte une lecture très restrictive de la disposition légale selon laquelle ce cours est interrompu par une lettre recommandée avec accusé de réception, faissant totalement abstraction de l’esprit qui a présidé à l’édiction de cette règle”.

<sup>285</sup> Apunta TRAVAGLINO, cit., p. 52 «ad un criterio di stretta legalità, nel quale il compimento dei termini assume un carattere automatico, matematicamente prevedibile ed inevitabile.”

<sup>286</sup> Para STIGLITZ, *Derecho de seguros*, II, cit., lo recomendable es que la prescripción en el contrato de seguro sea breve, dos años, siendo la única distinción que quepa formular, lo sea con relación a la oportunidad en que se inicia el cómputo de la prescripción de la acción del beneficiario de los seguros de vida, que lo será desde que conoce la existencia del beneficio.

<sup>287</sup> Argüía REGLERO, *Accidentes de circulación: responsabilidad y seguro*, [BADILLO (Coord.)], 4ª ed., Cizur Menor, 2018 (capítulo VII actualizado por González Barrio), p. 1078

La prescripción es la plasmación más evidente que el mero transcurso del tiempo genera y provoca tanto para la adquisición como para la pérdida de derechos, según estemos ante plazos temporales de prescripción adquisitiva o, por el contrario, extintiva<sup>288</sup>; con la prescripción, en cierto sentido, se purifican y adquieren certidumbre situaciones o relaciones jurídicas que, hasta ese momento, pendían o latían en un limbo de indefinición<sup>289</sup>; la consolidación de una situación jurídico económica irreversible en aras de una estabilidad y seguridad jurídica necesaria<sup>290</sup>. *Quid* con aquellas pretensiones cuyo ejercicio extemporáneo y distanciado en el tiempo y que dimanan de hechos y situaciones jurídicas que otros han consolidado, pudieran ejercitarse en todo tiempo y en cualquier momento?

---

como esta brevedad dota a la materia de una relevancia particular, que se manifiesta en la frecuencia con que la prescripción es abordada por los tribunales y en el hecho de que, en no pocos casos, constituye el principal *thema debati* de no pocas sentencias. Pero sin duda, era DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazione*, II, Milano, 1954, p. 512 el más gráfico cuando afirmaba: “En la relación asegurativa, ciertamente no menos que en otras relaciones jurídicas, el tiempo “brucia”: y la brevedad de los términos establecidos por la ley o por las pólizas para la observanza de las cargas de denuncia lo está demostrando”. Para el profesor italiano la brevedad del término, en verdad, juega – “per tacere dell’interesse generale della certezza giuridica – all’interesse dell’assicuratore sia perchè minor tempor è trascorso dal verificarsi dell’evento dal quale dipende la sua prestazione dell’indennità e più chiare ne appaiono le delimitazioni e l’entità, sia per le necessità discendenti dalla sua organizzazione ad impresa con la correlativa connessione tra i singoli contratti”; y juega en interés del contratante por que dada la periodicidad frecuente de las tasas de prestaciones, tiene todo que perder por el excesivo cúmulo de éstas.

<sup>288</sup> Como bien recordaba ARGANARÁS, *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, 1966, p. 7 siguiendo a Giorgi: “Un derecho que no se manifiesta ... por la inactividad del acreedor, es un derecho que falta a su finalidad y equivale para la humana justicia, a un derecho que no ha existido: **lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años**”.

<sup>289</sup> La prescripción se ha fundamentado en las más variopintas bases, a saber, en el buen orden social, en la seguridad a las situaciones existentes, la evitación de pleitos, el soslayamiento de dificultades probatorias, la apariencia, la seguridad jurídica, en el mejor ambiente de la economía de mercado, pero sin duda son sobresalientes las palabras de DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, cit., p. 146 cuando concluye: “Sea lo que fuere de esta búsqueda de un fundamento último para la prescripción, lo cierto es que actualmente se ha convertido en una figura aceptada por la sociedad, sin reservas y útil, posiblemente necesaria, **para la limpieza y purificación drástica del tráfico jurídico, eliminando situaciones residuales que obstaculizarían el bien juego de las instituciones patrimoniales; aunque eso sea costa de ciertos resultados concretos injustos**”.

<sup>290</sup> Se planteaba ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, Madrid, 2003, p. 16 si prescribía el derecho o lo hacía la acción. Así, decía: “... no hay acuerdo sobre si realmente prescribe aquél o la acción que corresponde para hacerlo efectivo, o si lo que ocurre es que subsistiendo uno y otra, la llamada prescripción de los mismos, consiste sólo en que la ley faculta al sujeto pasivo para que, amparándose en el transcurso del tiempo, se niegue a hacer lo que debe, cuando se le reclame pasado el plazo de prescripción”.

Serán hechos, materiales, fácticos, sea por cumplimiento lo sea por incumplimiento de hacer, de dar, incluso de conductas y comportamientos colaborativos los que exigirán o impedirán a la postre la consumación de una pretensión, de un derecho patrimonial en la mayoría de los supuestos de seguro. Pretensión que también puede ser liberatoria, extintiva. Y como en el derecho privado general, también en el campo del seguro hemos de indagar y perimetrar el fundamento de la prescripción<sup>291</sup>. Una indagación que, como bien se ha señalado, goza, en realidad gozó, de una presunción de cumplimiento<sup>292</sup>. Presunción asentada sin duda, en el orden público<sup>293</sup>. Un orden que, en cierto sentido, penaliza la inercia o la inactividad de una de las partes que no tutela sus propias pretensiones patrimoniales y que, latente en el tiempo, termina por purgar aunque la misma genere un perjuicio para una de las partes.

Así, la necesaria inactividad del acreedor durante un específico interim o arco temporal va unida a este requisito temporal clave para que se concrete la prescripción<sup>294</sup>. Ese transcurso temporal minora y relaja la propia percepción del contrato y sus obligaciones, extingue o dificulta cargas probatorias, aumenta deudas, grava con intereses, etc.

---

<sup>291</sup> Certero JARAMILLO, “La prescripción en el contrato de seguro”, cit., p. 28 afirma: “La apodíctica temporalidad de las relaciones jurídicas y la genuina necesidad de salvaguardar la seguridad respecto de las, evitando su proyección perpetua en el tiempo, dan lugar a que la legislación que se ocupa del contrato de seguro, también discipline lo relativo a la prescripción de sus “acciones”, sin perjuicio de su especialidad que, como es natural, diferencia al régimen prescriptivo del seguro, del régimen general, toda vez que posee una disciplina autónoma ...”.

<sup>292</sup> Así, admite KULLMANN, “La prescription”, *Traité de droit des assurances*, cit., p. 1187 como “la prescription est alors fondée sur une présomption d’exécution de l’obligation. Ensuite, on estime que la vie sociale serait perturbée si un créancier pouvait agir pendant une trop longue période: le recours à la notion d’ordre public est ici essentiel (*quieta non movere*)”.

<sup>293</sup> Categórico respecto de la Corte de Casación francesa se ha pronunciado KULLMANN, “La prescription”, *Traité de droit des assurances*, cit., p. 1189 cuando manifiesta como la Corte de Casación ha sido fiel a la concepción según la cual el fundamento de la prescripción regualda por el artículo L. 114-1 Code des assurances, radica en el orden público y no en una presunción de pago. Y nos recuerda: “La conséquence de la présence d’un ordre public marqué d’intérêt privé peut être discernée dans l’office du juge. En effet, la prescription est, de façon générale, considérée comme une fin de non-recevoir”. Categórico el trabajo al que ya hemos aludido de SARGOS, “La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation relative à la prescription en droit des assurances”, cit., pp. 545 y ss.

<sup>294</sup> Como bien señala JARAMILLO, “La prescripción en el contrato de seguro”, cit., p. 26 esa inactividad del acreedor se traduce en la prescripción no se haya interrumpido por ningún medio idóneo, esto es, que no haya mediado circunstancia que, de acuerdo con la normativa, implique actividad por el acreedor (*opus*) y, en esa medida, renueve la contabilización o decurso del término correspondiente.

El tiempo consolida situaciones fácticas que no deben permanecer indefinidas *sine die*. Mas eso sí, siempre y cuando estemos ante obligaciones susceptibles de prescribir, o lo que es lo mismo a sensu contrario, que las mismas no se configuren legalmente como imprescriptibles. Y en el caso del seguro, aquellas situaciones que derivan, que dimanen, en definitiva, de la relación contractual que vincula a asegurador y tomador/asegurado y, en su caso, beneficiario que puede ser ajeno al contrato, o puede consolidar además su posición con la de asegurado o la de tomador. Cuestión distinta es la posición jurídica del tercero, víctima o perjudicado o causahabiente de éstos. Conviene no olvidar tal y como nos recuerda la sentencia de la Audiencia de Castellón de 20 de marzo de 2018:

*“La prescripción, a diferencia de otras instituciones, debe ser invocada por la parte a la que beneficia y no puede ser examinada de oficio. En este sentido, su apreciación obedece a causas subjetivas o individuales que, por sí mismo, no se expanden o afectan a otros sujetos en la medida en que la estimación o no de dicho instituto responde a circunstancias particularizadas de examen individual en cada caso, más allá de que una determinada apreciación fáctica concreta en el análisis de esta cuestión pudiera haberle favorecido en el supuesto de haber recurrido la sentencia”.*

Más complejo al interiorizar en el dictado del artículo 23 es el de indagar si toda acción, toda “demanda” que las partes pueden plantearse entre sí están o no sometidas no a los plazos, sino al propio instituto prescriptivo.

### **1.6. El objeto de la prescripción**<sup>295</sup>

Nos planteábamos *supra* dos interrogantes que buscan delimitar el perímetro real de la prescripción, su objeto. Cuál es el objeto de la prescripción<sup>296</sup>. Y más en particular deslindar con nitidez qué es lo que verdaderamente prescribe<sup>297</sup>. Enmarcar el objeto tuvo en su momento una fuerte impronta dogmática que indagó el mismo en una tríada de elementos, el

---

<sup>295</sup> Indicaba SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 277 que el principal objeto de la prescripción consiste en fijar la seguridad completa de un estado de cosas que ha subsistido sin perturbación alguna, durante cierto número de años.

<sup>296</sup> Afirma categórico DI PIRRO, *La prescrizione e la decadenza*, La Tribuna, 2011, p. 19 como el objeto de la prescripción es el derecho subjetivo y no el hecho jurídico constitutivo de éste.

<sup>297</sup> Ya hace más de un siglo MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1906, p. 23 afirmaba que el efecto extintivo de la prescripción no golpeaba los derechos, sino a las acciones.

derecho, la acción, la exigencia<sup>298</sup>. Pero sin duda, el debate se centró en si la prescripción operaba en la acción o en el derecho, esto es, qué prescribe<sup>299</sup>; ¿la acción para hacer valer la pretensión o prescribe por el contrario el derecho mismo?<sup>300</sup> Cuando no, ¿prescribe acaso toda la relación jurídica?<sup>301</sup>

Sitúa en su propio marco – la *prescripción de las pretensiones* – la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2015, fundamento tercero el objeto de la prescripción en:

“... La cuestión relativa al objeto de la prescripción extintiva ha sido tradicionalmente objeto de debate.

El *Código Civil de 1889 (LEG 1889, 27)*, en el art. 1930, menciona que los derechos y las acciones se extinguen por la prescripción. En la Compilación de Navarra las leyes dedicadas a la prescripción extintiva se refieren a la prescripción de acciones.

---

<sup>298</sup> Sobre todo, en la dogmática alemana de fines de siglo XIX. Exponentes de esa riqueza teórica fueron en nuestro país y que confrontaron las teorías germanas con las de derecho romano, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., pp. 91 y ss.

<sup>299</sup> No ha sido ni será éste un debate único ni solo de nuestra práctica. Respecto de los PECL y DCFR, sitúan este ámbito DOMÍNGUEZ LUELMO/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La prescripción”, InDret, 2009, cit., p. 7 cuando afirman: “La cuestión relativa al objeto de la prescripción extintiva (qué es lo que prescribe) ha sido tradicionalmente objeto de debate. Terminológicamente los PECL se refieren a ello en el art. 14:101, cuya traducción (oficial o no) en las diversas lenguas es diferente (claim, en inglés; créance, en francés; acciones, en español; credito y diritto di credito, en italiano). En el art. III-7:101 del DCFR se utiliza como rúbrica general la de «Rights subject to Prescription», en lugar de la de «Claims subject to Prescription» del art. 14:101 de los PECL. En el Common Law la expresión «prescripción» se sustituye por la de Limitation of Actions<sup>16</sup>, con lo que se trata de poner el énfasis en la naturaleza procesal de la institución. Por ello, en la versión inglesa de la Convención de Naciones Unidas de 1974 sobre prescripción se utiliza la expresión Limitation period. Igualmente la versión inglesa de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales utiliza como rúbrica genérica de su Capítulo 10 la de Limitation periods”.

<sup>300</sup> Advierten AZZARITI/SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 203 como en realidad estamos ante un problema más teórico que práctico, dado que, si la prescripción extingue el derecho subjetivo, cae consecuentemente la acción. La acción es un elemento o un particular “atteggiamento” del mismo derecho subjetivo. Bajo este aspecto, por tanto, puede ser indiferente hablar de prescripciones de acciones a la vez que del derecho.

<sup>301</sup> Este era en cambio el planteamiento de GRASSO, “*Prescrizione* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 56, quién defendía quizás la tesis más radical y abogaba por la prescripción de la íntegra relación jurídica. Aunque sería FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 498 quién alegaría: “che la prescrizione assolve la funzione di risolvere le controversia negando tutela alle pretese esercitate tardivamente e precludendo ogni indagine sull’operatività della situazione precedente, per cui la prescrizione impedisce al giudice ogni indagine sul merito e sulla fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio”.



El Derecho Civil catalán, aplicable en nuestro caso, según hemos proclamado en las STSJC 48/2015 de 25 de junio, con mayor rigor técnico, establece en los arts. 121-1 y ss. del Libro I CCCat, **que prescriben las pretensiones relativas a derechos disponibles**. En el Preámbulo de la ley puede leerse que: En esta regulación la prescripción se predica de las pretensiones, entendidas como derechos a reclamar a otra persona una acción u omisión, y se refiere siempre a derechos disponibles. La prescripción extingue las pretensiones, tanto si se ejercen en forma de acción como de excepción, lo que posteriormente se plasmaría en el artículo 121-1 de su articulado, conforme al cual: “La prescripción extingue las pretensiones relativas a derechos disponibles, tanto si se ejercen en forma de acción como si se ejercen en forma de excepción. Se entiende por pretensión el derecho a reclamar de otra persona una acción o una omisión.”

Como puede verse en la sentencia transcrita, el acento no se sitúa tanto en el código civil catalán en la acción ni en el derecho, al contrario, en la pretensión<sup>302</sup>. La pretensión, tal y como define el código catalán, es descrita como el derecho a reclamar de otro una acción o una omisión por lo que el contenido es genuinamente material<sup>303</sup>.

Ello no obsta para que nos cuestionemos hoy día la necesidad incluso la racionalidad de este viejo equívoco entre derecho y acción y si tiene algún sentido seguir hablando de ello ahora mismo en lo que no deja de ser una artificiosa dicotomía innecesaria<sup>304</sup>. O planteado de otro modo, ¿prescribe la

---

<sup>302</sup> Así, afirma ARROYO AMAYUELAS, “Efectos”, cit., p. 240 el concepto de pretensión establecido en el art. 121-1 CC Cat se inspira en la definición que proporciona el 194 BGB, que, a su vez, recoge el pensamiento de Windscheid. El autor desestimó la expresión “*Rechtsverjährung*” por entender que incluía el derecho real y, por tanto, era incorrecta, ya que éste no se extingue nunca por prescripción extintiva; también rechazó la expresión “*Schuldverjährung*” porque la denominación excluía las “acciones in rem”. Vid., además, BADOSA COLL, “Comentario al art. 121-1 CC Cat”, *Comentari al libre primer del Codi civil de Catalunya*, [LAMARCA/VAQUER (Eds.)], Barcelona, 2012, pp. 305 y ss., sobre todo, pp. 317 y 318.

<sup>303</sup> “Prescriben las pretensiones relativas a derechos disponibles, esto es, las de contenido patrimonial inherentes a los derechos de crédito, que pueden nacer de una relación jurídica obligacional (pretensiones personales) o de un derecho real (pretensiones reales), bien porque el mismo tiene contenido obligacional (vgr. los censos) o bien como consecuencia de determinadas infracciones a su contenido (vgr., la pretensión del nudo propietario frente a los daños causados por el usufructuario; la del propietario, por perturbaciones e inmisiones ilegítimas)”, cfr., ARROYO AMAYUELAS, “Efectos”, cit., p. 241.

<sup>304</sup> Una de las pioneras y principales aportaciones que se han realizado sobre esta dualidad se debe a PUGLIESE, G., “*Actio*” e *diritto subiettivo*, Milano, 1939, pp. 61 y ss. Claro en este punto SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 115 y para quién a pesar de que algunos artículos continúen refiriéndose al efecto extintivo de la

acción medio e instrumento de un derecho o directamente el derecho mismo?<sup>305</sup> No han faltado voces que han visto y argumentado que la acción y el derecho son uno y lo mismo<sup>306</sup>. Pero también dualizado con nitidez dos extremos de un mismo instituto, a saber, el derecho, de un lado y el ejercicio de ese derecho, por el otro<sup>307</sup>.

¿O prescribe la facultad jurídica que conlleva y arrastra todo derecho subjetivo?<sup>308</sup> Este último interrogante nos lleva además a diseccionar en

---

acción, este debe interpretarse en el sentido que a través de la acción se prescribe el correspondiente derecho. Contra SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, p. 152 para quién en cambio el art. 2934 habla erróneamente de extinción del derecho puesto que, si así fuese, la prescripción sería una común defensa y no una excepción sustancial.

<sup>305</sup> Así, Díez-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 33 y ss., donde tras un rico debate teórico y comparado afirma p. 38 que el objeto directo e inmediato de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas las que hemos llamado “facultades de exigir”. Véase la observación que hace SCAEVOLA, *Código civil*, cit., p. 293 a esta posición de Picazo, cuando incluye otro matiz interesante, a saber, si la mejor denominación que cuadra a estos derechos es la de ser de “formación jurídica”, es porque entendemos que ciertamente resulta imprescindible, para hablar con pleno rigor científico de un derecho potestativo, exigir que éste tienda a engendrar un estado, de hecho o de derecho, no sólo inexistente hasta aquí, sino de imposible surgimiento de no ser por la iniciativa y exclusiva voluntad del titular de tan singular facultad.

<sup>306</sup> En posición de síntesis tras analizar las teorías germanas, ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 102 afirmaron que, aun prefiriendo hablar de prescripción de acción, no de derecho, hablar de ésta última no es un error, porque, derecho y acción son una misma cosa. Pero es preferible decir prescripción de las acciones, porque siendo acción y derecho una misma cosa, son una misma cosa en dos momentos distintos; el momento que en verdad tiene interés para la prescripción es precisamente aquél en el que el derecho se manifiesta como acción; es decir, en aquel en que, por no querer ser cumplido voluntariamente, se acude a los tribunales para que impongan su cumplimiento. Señalaba RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, I, Madrid, 1944, p. 324 el efecto extintivo se da también en el derecho y no tanto porque el derecho sustancial y la acción se confundan, pues son concepto y momentos diversos, sino porque, siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del derecho, perdida aquélla también se pierde éste.

<sup>307</sup> De ahí que DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 17 concluya que bajo un perfil exquisitamente semántica, la acción es entendida como uno de los modos de ejercicio del derecho. Como tal constituye, continúa el autor, un elemento indisoluble e imprescindible, y por tanto claramente inidóneo para ser objeto propio de la prescripción.

<sup>308</sup> Tesis que apuntó Díez-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 37 para superar la dualidad discursiva entre si lo que prescribe es la acción, el derecho subjetivo o, en este caso tal y como argumenta el autor, la facultad de exigir. Categórico afirmaba: “La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción solo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce”. Véase posteriormente y acuñando o enfatizando la facultad y no la acción, MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario a la STS de 29-4-87”, CCJC, 1987,

derecho lo que son situaciones jurídicas activas, de lo que son situaciones pasivas<sup>309</sup>. En las primeras se incluyen entre otros el derecho subjetivo, el poder jurídico, la potestad, el derecho potestativo, la facultad, la expectativa o el interés legítimo<sup>310</sup>.

Esto nos lleva ahondando más en un plano teleológico finalista el plantearnos qué queremos decir o recoger en el término “acción”, amén de si la misma es susceptible en este ámbito de la prescripción de deslindarse bifrontemente en acción material y acción procesal. Accionar es hacer valer una pretensión, un derecho subjetivo y hacerlo valer frente a alguien, otro, el obligado, por vías de reclamación, intimación al cumplimiento o directamente vías de exigibilidad o confrontación judicial, habida cuenta que, las partes, no colaboran o cooperan racionalmente entre sí llegados a este momento.

La acción es la plasmación de la defensa de un derecho que posee el titular y que se exterioriza a través de una exigibilidad, el acreedor exige el cumplimiento, el pago, la pretensión en suma que envuelve el derecho. Y lo hace porque su derecho es ignorado o desconocido por el obligado<sup>311</sup>. Y a través de la acción, intimando, exigiendo el cumplimiento, tanto en vías extrajudiciales como judiciales o procesales el derecho se manifiesta y vive<sup>312</sup>. Pero al mismo tiempo, la acción es exigir tutela y protección jurídica ante los tribunales. Prescrita ésta, no hay vías para obligar al deudor que, legal y positivamente, al margen de una eventual *naturalis obligatio*, ha dejado de ser eso mismo, deudor<sup>313</sup>. La clave es la acción, porque

---

nº 14, pp. 4945 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1991, pp. 72 en lo que prescribirían serían las facultades de “exigir”.

<sup>309</sup> Afirma BIANCA, cit., p. 516 “il potere processuale di adire il giudice per far valere le proprie ragioni non potrebbe mai essere oggetto di prescrizione”.

<sup>310</sup> Vid. in extenso sobre estas situaciones jurídicas activas, RINALDI, “*La prescrizione in generale*”, *Prescrizione e decadenza*, [VIOLA (a cura di)], Milanofiori Assago, 2015, p. 35 y ss., p. 41 quién sujeta a prescripción facultades jurídicas tales como la acción de nulidad, de rescisión, de revocación, de resolución, etc.

<sup>311</sup> Reconducía a una unicidad ambas cuestiones CASTÁN, cit., p. 970 al plantear tanto la discusión de si es una causa de extinción de los derechos o una simple presunción legal de extinción y si también es objeto de prescripción el derecho mismo o la acción para ejercitarlo, y para quién la ley no deja duda alguna en los artículos 1930, 2º y 1932.1º, la prescripción constituye un verdadero modo de extinción de los derechos, a la vez que de las acciones.

<sup>312</sup> Una de las voces más radicales en pro de admitir la prescripción de la acción y no del derecho se debe a PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 17 que afirmó que la prescripción extingue la acción, es decir, el poder de accionar la tutela del derecho, y no el derecho en sí.

<sup>313</sup> Planteaba SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 245 investigar si existe una regla general que fije la suerte de la *naturalis obligatio*, cuando se ha rechazado

exterioriza y revitaliza el derecho en su exigibilidad, pues si hubiere exigibilidad pero no mecanismo coaccionador para hacerlo efectivo, de nada serviría, pues eso es precisamente lo que significa la acción<sup>314</sup>.

El deudor que excepciona lo hace en beneficio propio no *in odium creditoris*, como también el acreedor cuando exige y hace valer su pretensión actúa de tal modo sin hacerlo *in odium debitoris*. El deudor opone el pago, el incumplimiento de la otra parte, total o defectuoso, el tiempo, el error, la violencia, etc., y no paga porque ya no es exigible la pretensión ajena por alguno de los anteriores motivos. Queda y subsiste una no exigible en realidad, *naturalis obligatio*. Y como tal, la misma ¿es imprescriptible?

No cabe duda que, en puridad, lo que prescribe, lo que se extingue por el mero transcurso del tiempo, no es otra posibilidad que la de exigir un derecho subjetivo frente a otra persona<sup>315</sup>. Es la acción<sup>316</sup>. Exigibilidades accionables *erga omnes*, pero sobre todo, frente al deudor<sup>317</sup>. Esa exigibilidad puede ser por vía extrajudicial pero sobre todo, judicial<sup>318</sup>. El derecho

---

una acción *per exceptionem*. Esta regla la encontramos formalmente declarada por Pomponio, Marciano y Ulpiano. Las excepciones establecidas *odio creditorum* dejan subsistir la obligación natural; las establecidas en favor del deudor la destruyen.

<sup>314</sup> Asevera DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 17 como desde el punto de vista de los efectos, por expresa previsión codicística, la prescripción produce la extinción de los derechos.

<sup>315</sup> Afirma TROISI, cit., p. 26 que la prescripción, en cuanto “modo” de extinción de los derechos en general, tiene como su referente positivo siempre y solamente “el derecho subjetivo”. Así, el principio general de precriptibilidad de todos los derechos pone en luz que condiciones de la tutela de tal derecho se alcanza con su tempestivo ejercicio por parte del titular.

<sup>316</sup> Argumentaban ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 101 como la prescripción supone un derecho subjetivo, perfecto, dotado de una fuerza, en virtud de la cual el titular puede exigir del obligado que haga o no haga algo, y que, en caso de que se niegue, se traduce en la posibilidad de ser exigido ante los tribunales. En ese derecho se dan, por lo tanto, en potencia, los tres elementos o grados: derecho, exigencia, acción. Supone, además, que por una causa exterior al derecho mismo, por el silencio prolongado durante un plazo que la ley marca, ese derecho ha perdido su eficacia; y la ha perdido de tal modo, que el obligado puede negarse al cumplimiento de la exigencia, y si fuere demandado ante los tribunales, éstos no le impondrán dicho cumplimiento.

<sup>317</sup> Ello no impide que, en cierto modo cuando se habla de prescripción de la acción, no deja de ser una simplificación. Así, JIMÉNEZ MUÑOZ, “Sobre el régimen de prescripción de la acción de reclamación de los intereses”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, [CUENA/ANGUITA/ORTEGA (Coords.), Madrid, 2015, pp. 215 y ss., p. 215 nota 1, dado que la acción no se extingue automáticamente por prescripción, como los tribunales no aplican de oficio la prescripción, no puede rechazar la acción ya prescrita, debiendo ser el demandado quién excepcione la pérdida del derecho por prescripción, y si no la hace podría estimarse pese a su prescripción.

<sup>318</sup> Analiza DITONNO, cit., p. 18 la sentencia de la Corte de Casación, S.U., de 27 de sep-

ampara el ejercicio de estas pretensiones. Si el foco se sitúa en esa exigibilidad, en ese ejercicio y defensa de un derecho, el término acción no solo lo define sino que también lo atrapa<sup>319</sup>.

Es precisamente ese inejercicio, esa desidia o desinterés en actuar, en accionar, en hacer valer el derecho que late y es trasfondo causal, el que hace inexigible la obligación y aboca a su extinción<sup>320</sup>. Acción versus eliminación o extinción de una pretensión<sup>321</sup>. Hablar de derecho, de acción, de exigencia o prescripción de la exigencia [*Anspruchsverjährung*], o de la misma facultad de exigir, no son, sino formas encadenadas de referirse a un mismo hecho y situación que tiene la virtud de abarcar la parte por el todo.

El acreedor goza y atesora un derecho subjetivo, normalmente de crédito, -el asegurador por el cobro de las primas, el asegurado o el beneficiario para el resarcimiento del daño o el pago de la suma asegurada según cada caso-, dotado de esa fuerza y potestad para que el titular pueda exigirlo, pueda intimar al pago, reclamar y exigir lo debido a un obligado. Al hacerlo acciona el derecho, entra y activa la fase dinámica y viva del derecho en su exteriorización hacia el otro que sabe que debe pero que no ha cumplido con su obligación. La acción es la prolongación material y fáctica que proyecta el derecho que tiene el acreedor.

Hablar de que derecho y acción son lo mismo, supone en un plano metafórico proyectar una relación o unión hipostática entre los dos, como en su momento defendimos en sede de títulos valores de la acción, el derecho, y el título, el documento<sup>322</sup>. Acción y derecho también allí están

---

tiembre de 2005, n. 15661, que evidencia que “*il titolare del diritto soggettivo dedotto in giudizio dall’attore fu correttamente definito in dottrina come a sua volta titolare di un diritto potestativo di provocare l’estinzione del diritto trascurato, ottenendo la liberazione dal debito, oppure da peso gravame sul proprio fondo. Infatti l’effetto estintivo della prescrizione non si produce automaticamente allo diritto, cosidetto precrivente, il quale decide se sollevare o meno la relativa eccezione*”.

<sup>319</sup> Sobre la prescripción de la acción y esa tensión doctrinal, véase además, YZQUIERDO TOLSADA, *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, pp. 25 a 28.

<sup>320</sup> Señalaba SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto, cit., p. 206 que si bien la negligencia constituye la base de la prescripción debe ser continuada durante un cierto lapso de tiempo. Si en un momento cualquiera de este lapso de tiempo la negligencia cesa de existir, la prescripción se interrumpe y no queda vestigio alguno de la situación que constituía la preparación de la prescripción.

<sup>321</sup> ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 103 optaron siempre por la acción material, no la procesal. Es decir, el derecho mismo, ejercitándolo en juicio, habida cuenta que la acción procesal no prescribe, siendo -a su juicio- una emanación de la personalidad, y mientras dura ésta se está capacitado para plantearla; por eso se incluye en las *res facultatis*.

<sup>322</sup> Vid. entre otros nuestra aportación en VEIGA, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002.

en un idéntico plano. Pero ambos son exteriorizados por el actuar o el obrar, la manifestación, la exhibición del derecho y del documento donde se titula la pretensión, al exigir al obligado al pago el cumplimiento de su obligación.

Si el acreedor, el titular del derecho no actúa, guarda silencio y deja transcurrir el tiempo conociendo además las consecuencias de su inactividad o desidia, sabe que su derecho prescribe, que la exigibilidad muere porque la acción ha muerto para hacer valer ésta. Porque su derecho pese a todas las facultades y potestades que arroga al acreedor tiene una nervial, vital, la acción que lo hace exigible<sup>323</sup>. La prescripción de la acción certifica en definitiva una situación y un estado de cosas que ha permanecido inalterado durante mucho tiempo. Y ese no ejercicio ha supuesto que la otra parte gozase de algo que, en puridad, debía y había de entregar o prestar, hacer o no hacer paradójicamente.

### **1.7. Elementos y efectos de la prescripción**

Indudablemente son el tiempo y la inactividad los dos grandes elementos tanto estructurales como naturales de la prescripción<sup>324</sup>. Vertebrada sobre esta esencia, el transcurso neutro del tiempo, unido a la renuncia tácita pero a la vez explícita del acreedor de defender y exigir su derecho o pretensión, provocan la extinción de la obligación y, en consecuencia, la correlativa liberación del deudor que, simplemente, no ha de hacer nada, salvo esperar

---

<sup>323</sup> Corroboraban dentro de esa tríada derecho/acción/exigencia ALAS/DE BUEN/RAMOS, cit., p. 101 como “por una causa exterior al derecho mismo, por el silencio prolongado durante un plazo que la ley marca, ese derecho ha perdido su eficacia; y la ha perdido de tal modo, que el obligado puede negarse al cumplimiento de la exigencia, y si fuere demandado ante los tribunales, éstos no le impondrán dicho cumplimiento ... lo que en definitiva tiene importancia es que el derecho, una vez prescripto, no puede ser exigido contra la voluntad del antiguo obligado. ... Si se tratase de un derecho dotado de exigencia, pero no de acción, es decir, de un derecho que pudiera ser exigido del obligado, pero que, en caso de que el obligado se negare a cumplirlo, no pudiera ser coaccionado éste a su cumplimiento, sería indiferente que el derecho hubiere o no prescrito”.

<sup>324</sup> Pero no el único. Así, CASTÁN, cit., p. 973 afirmaba: “Pero no es completamente exacto que el tiempo sea el único elemento de la prescripción extintiva. Como observa Coviello, tres son los requisitos: 1º La existencia de un derecho que se pueda ejercitar. 2º La falta de ejercicio o inercia por parte del titular; y 3º El transcurso del tiempo determinado en la ley, que varía según los casos”. Más recientemente eleva DITONNO, *La prescrizione*, cit., p. 19 el tiempo y la inactividad a elementos constitutivos pero también estructurales de la prescripción.

la conclusión del término legalmente establecido para la prescripción. Como en pocas instituciones el impacto del tiempo, impacto negativo desde la óptica del acreedor, positivo desde la del deudor, tiene tamaña influencia: expropiación de valor de un crédito ante la desidia propia de quién no lo ha conservado ni tutelado. Aun siendo neutro en esencia el tiempo, su transcurso influye, altera, modifica las relaciones jurídicas. Al derecho le repugnan las vinculaciones perpetuas. Tiempo que consolida situaciones fácticas convirtiéndolas en estado de derecho, tiempo que, por su parte, extingue otras relaciones liberando de sus obligaciones a una o ambas partes de la relación jurídica.

Como bien se ha señalado el tiempo es *per se* una unidad de medida de la inactividad o inercia del titular del derecho, hasta el punto de hacerle adquirir relevancia jurídica<sup>325</sup>. La inactividad, la desidia, el abandono de un derecho así como la pretensión subyacente es el otro eje cardinal de la prescripción. El acreedor renuncia a exigir el cumplimiento de la prestación. Y la columna vertebral del derecho, el cumplimiento y la exigibilidad del pago, perecen por el transcurso del tiempo y, finalmente, la alegación del deudor que puede excepcionar frente a esa exigibilidad la extinción vía prescriptiva de la pretensión del primero. La clave como veremos ulteriormente es deslindar si es o no necesario y en todo caso, para que se extinga definitivamente el derecho del acreedor, la alegación de la prescripción por el deudor. O de no hacerlo, si en algún modo puede exigírsele el cumplimiento de lo ya prescrito y, por tanto, no exigible *per se*, salvo que se entienda que no ha sido extinguido el derecho sin alegación propia<sup>326</sup>.

El efecto que el transcurso del tiempo provoca es la extinción de la obligación y, en consecuencia, la liberación del deudor<sup>327</sup>. Una extinción

---

<sup>325</sup> Cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 23.

<sup>326</sup> Esto lleva a ARROYO AMAYUELAS, “*Efectos*”, cit., p. 252 a mantener que en realidad el efecto débil de la prescripción solo impide al acreedor imponer coactivamente al deudor el cumplimiento de la prestación (expresamente el art. 121-4 CC Cat). “Así, mientras la prescripción no se alegue, el crédito es exigible y podría oponerse en compensación y, se haya alegado o no, no será reputado donación el pago realizado *solvendi causa* de la obligación prescrita. ... si el crédito prescrito subsiste, solo que privado de coercibilidad, entonces lo que sobrevive a la pretensión no es una obligación natural”.

<sup>327</sup> Como bien señala RUOTOLO, cit., p. 3568, el factor tiempo constituye un concepto de relación y no un hecho, y por lo tanto incapaz de por sí de determinar la adquisición o la pérdida del derecho.

que puede conllevar ex ante por la otra parte una actuación<sup>328</sup>. Nos explicamos, la dicotomía pasa por decidir si la prescripción precisa de la excepción del deudor, o bien, es automática, llegado el término final, fatal, del periodo prescriptivo, éste se produce automáticamente, ipso iure. Ambas dualidades no son sino el reflejo claro de una discusión dogmática mayor, esto es, la de optar o bien por un efecto fuerte o bien por un efecto débil de la prescripción en un plano general.

El segundo elemento, la inactividad, la inercia en suma de quién teniendo un derecho renuncia a su exigibilidad, a mantenerlo vivo. El por qué de este comportamiento conductual, renuncia fáctica y absoluta al derecho o a la pretensión patrimonial solo le es imputable a su esfera decisional. No sin embargo a la del deudor que puede precisamente adoptar idéntica postura decisional. No actuar, no reconocer motu proprio el derecho del acreedor y por tanto su deuda<sup>329</sup>.

Sabido es que el deudor puede renunciar a la prescripción ganada, lo que sin embargo debe aclararse es si para ganar esa prescripción es, además, necesario que la excepcione el propio deudor ante el acreedor, haya éste o no interpelado al deudor. Parece que si el acreedor no ha actuado, nada hay que excepcionar, salvo que desde un plano de defensa de sus propias pretensiones el deudor intime a consumir esa prescripción ganada por el mero transcurso del tiempo prescripcional<sup>330</sup>.

La clave como no, pasa por entreverar y sentar si la prescripción extingue totalmente o no el derecho. Sin necesidad de alegar nada, o simplemente

---

<sup>328</sup> Por su parte hace referencia DITONNO, cit., p. 20 de la vieja afirmación o brocardo, por el que el tiempo constituiría la unidad de medida de la inactividad del titular del derecho, hasta el punto de hacerle adquirir relevancia jurídica.

<sup>329</sup> A firma RUOTOLO, cit., p. 3568 *“l’operatività della prescrizione viene collegata non al semplice comportamento omissivo del titolare del diritto, ritenendosi necessaria altresì la lesione dell’interesse che di quel diritto costituisce l’elemento sostanziale ed il difetto di reazione contro la lesione”*. Para DITONNO, cit., p. 20 es del todo irrelevante el elemento subjetivo del titular del derecho, por lo que la atención del intérprete viene a ser focalizada más bien sobre datos objetivos fácilmente indagables. Sigue en este punto el autor a TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.

<sup>330</sup> Como bien señala ARROYO AMAYUELAS, cit., p. 246 generalmente se argumenta que si el juez no puede intervenir haciendo valer una prescripción no invocada o llamando la atención de las partes sobre la posibilidad de alegarla (ex art. 426.6 LEC), es porque la prescripción afecta a derechos disponibles y, por consiguiente, es renunciabile.



rechazar el cumplimiento. Por esta senda se han movido en las últimas décadas toda la legislación principal o *soft law*<sup>331</sup>.

Como es sabido la prescripción no se aprecia de oficio, ha de ser alegada por quién trata de beneficiarse de la misma. No importa la pluralidad posible de legitimados diferentes al deudor strictu sensu. Piénsese en codeudores, coaseguradores por ejemplo, pero también en terceros perjudicados, en beneficiarios, en el mismo tomador, en cualesquier legitimados vía sucesoral. Clara e inequívoca la sentencia del Supremo de 12 de mayo de 2003 [ RJ 2003, 3898], que en su fundamento tercero concluye: "... reconoce el recurrente que no formalizó la excepción de modo expreso, pero señaló hechos en los que se basaba, lo que obligaba al Juzgado a aplicarla por el principio *iura novit curia*. El motivo se desestima porque es sabido que desde siempre se ha sostenido **la necesidad de alegar la prescripción de una manera expresa como hecho impeditivo de la demanda**, y en esa labor no puede ser suplida la actividad de parte, que es el único interesado en su oposición. El principio *iura novit curia* en modo alguno permite al órgano judicial suplir con su actuación la dirección de los intereses privados de los litigantes”.

El riesgo a un error ante una actuación de oficio y el desconocimiento de la relación causal así como el devenir mismo de la relación obligatoria entre las partes impide que el juez reconozca la prescripción sin alegación de parte. Amén de ser éste uno de los basamentos nucleares de la justicia rogada. Esto nos lleva además a plantear un ulterior interrogante, ¿basta su mera alegación extraprocesal o quién excepciona la prescripción frente al cumplimiento del pago ha de hacerlo por vía judicial en todo caso?<sup>332</sup> O es *condicio sine qua non* de la excepción y por ende del efecto extintivo de la prescripción su alegación en proceso? El art. 121-4 CC Cat es claro, a saber: “La prescripción no puede ser apreciada de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada judicial **o extrajudicialmente** por una persona legitimada”. Por su parte el artículo 711-3 de la Propuesta de Código de comercio de 2013 reconduce solo al proceso la alegación, al aseverar en su apartado primero: “El Juez no puede estimar la prescripción si no es alegada por la parte a quien beneficie”<sup>333</sup>. Parece que la

---

<sup>331</sup> Imprescindible sobre esta dualidad de efectos, débiles y fuertes y su sincronía con las legislaciones y el *soft law*, ARROYO AMAYUELAS, cit., pp. 244 y ss.

<sup>332</sup> Ya Díez PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 97 se decantaba por que la prescripción operaría fuera del proceso sin necesidad de que se abriera un juicio. Para

<sup>333</sup> Vid., sin embargo, GARCÍA-PITA, “La prescripción”, cit., p. 50.

solución no puede ser otra que solo judicialmente puede entenderse extinguido el derecho como consecuencia de la alegación hecha valer de excepción de la prescripción. Es decir el efecto extintivo radical de la prescripción solo se consume y aprecia en un proceso judicial y/o en su caso, arbitral <sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> Concluye ARROYO AMAYUELAS, “Efectos”, cit., p. 250 que si, “alegada extraprocesalmente, el deudor podría conformarse con afirmar que había transcurrido el tiempo para prescribir, en el proceso deberá precisar y, en su caso, probar, esa afirmación (vgr. Que desde el dies a quo ha transcurrido el plazo; que el plazo aplicable es otro; o que cuando el acreedor le constituyó en mora el plazo ya había transcurrido), a riesgo de que, no haciéndolo, salga perjudicado. Con todo, quizás la utilidad de declarar la prescripción extraprocesalmente pueda manifestar en que, de este modo, el deudor siempre podrá contrarrestar la afirmación del acreedor cuando, en el juicio, este trate de argumentar que la reclamación constituye un ejercicio de interrupción”.