

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Prescripción extintiva: ¿una cuestión de derecho
sustantivo o de derecho adjetivo?**

María Valentina Paladines Ramos

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada.

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	María Valentina Paladines Ramos
Código:	00205988
Cédula de identidad:	1721304929
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: ¿UNA CUESTIÓN DE DERECHO SUSTANTIVO O DE DERECHO ADJETIVO?¹

EXTINCTIVE PRESCRIPTION: A MATTER OF SUBSTANTIVE LAW OR PROCEDURAL LAW?

María Valentina Paladines Ramos²
valentinapaladines5@gmail.com

RESUMEN

El artículo 7 del Código Civil determina cómo se debe proceder ante la reducción de un plazo de prescripción. Sin embargo, no señala cuál plazo prevalece cuando la nueva ley ha aumentado el tiempo de prescripción, mientras el proceso no ha iniciado. Este trabajo resuelve este inconveniente y concluye que el plazo que se debe aplicar es el que está vigente al momento de ejercer el derecho en el proceso porque la prescripción extintiva es procesal. Para desvirtuar la tesis contraria, que establece que la prescripción es sustantiva, este trabajo hace un análisis sistemático del Código Civil y explica que en la actualidad el derecho de acción es autónomo al derecho sustantivo, por lo que la prescripción extingue únicamente las acciones. El derecho sustantivo sobrevive y la prueba de esto es la obligación natural. Por ello, es un error incluir a la prescripción en los modos de extinguir las obligaciones.

PALABRAS CLAVE

Prescripción extintiva, derecho de acción, modo de extinguir las obligaciones, obligación natural.

ABSTRACT

Article 7 of the Civil Code determines how to proceed when a new law reduces the lapsus of time of extinctive prescription. However, it does not indicate which term prevails when the new law increases this time. This essay solves this problem and concludes that the term that must be applied is the one that is in force at the time of the process because prescription is regulated by procedural law. The opposite position holds that prescription is a matter of substantive law. To refute that theory this work makes a systematic review of the Civil Code and explains that the right of action is autonomous from the right that is claimed in court. Thus, prescription extinguishes only the right of action. The substantive right survives and the proof of it are natural obligations. For this reason, it is a mistake to include extinctive prescription in the modes of extinguishing obligations.

KEY WORDS

Extinctive prescription, right of action, modes of extinguishing obligations, natural obligation.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN -2. MARCO NORMATIVO -3. ESTADO DEL ARTE: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y DERECHO DE ACCIÓN -4. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ES SUSTANTIVA -5. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ES PROCESAL -6. CONCLUSIONES

1.Introducción

En la reforma al Código de Comercio del Ecuador, CCo, promulgada en el año 2019, se modificó el tiempo necesario para que opere la prescripción de las letras de cambio. En la norma derogada se establecía un plazo de 3 años y en el actual de 5 años. Esta reforma ha generado confusión sobre cuál es la norma que debe regir a la prescripción extintiva cuando una nueva ley aumenta su plazo. El Código Civil, CC, a pesar de contener una regla específica para la aplicación temporal de esta institución en el artículo 7, numeral 21, no determina qué debe suceder en ese supuesto. El primer inciso del artículo establece cómo se debe proceder ante la reducción de un plazo de prescripción y el segundo inciso señala cuál es el plazo que rige cuando el proceso está pendiente. Sin embargo, no se especifica cuál plazo prevalece cuando una nueva ley ha aumentado el tiempo y el proceso aún no ha iniciado.

Por un lado, quienes sostienen que la prescripción es adjetiva consideran que se debe aplicar la ley vigente al momento de iniciar el proceso, es decir, el nuevo CCo. Por otro lado, quienes se oponen a esto, argumentan que debe regir el CCo derogado, ya que la prescripción atañe al derecho sustantivo, debiéndose aplicar la ley vigente al momento del nacimiento de la obligación por el principio de irretroactividad. Este trabajo concluye que la prescripción liberatoria debe analizarse desde la perspectiva del derecho adjetivo.

Para llegar a esta conclusión, es necesario comprender el origen de la prescripción y también adentrarse en las distintas teorías que se han creado en torno al concepto de acción. En un inicio la acción fue concebida como el mismo derecho sustantivo que se reclama en juicio. No obstante, actualmente la mayor parte de la doctrina considera que la acción es un derecho autónomo del derecho material, de manera que la prescripción únicamente ataca a la acción y no al derecho sustantivo.

Una vez que se analice este aspecto, resulta esencial estudiar los argumentos de quienes sostienen que la prescripción liberatoria es sustantiva. El argumento más fuerte

de esta postura consiste en que el CC determina que la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones. Así, es fundamental explicar por qué en realidad eso es un error. Un análisis sistemático del CC muestra que la prescripción extingue las acciones y es una institución que se analiza desde el derecho adjetivo. Por este motivo, sobrevive la obligación como natural.

Después, también es importante constatar que para el CC lo que se extingue con la prescripción son las acciones ordinarias y ejecutivas. Así, si la acción que se extingue es procesal, la prescripción que la ataca también lo es. Por esta razón, la prescripción se propone a través de una excepción previa en la audiencia preliminar. Además, otro punto que resulta determinante es que la obligación natural es jurídica porque permite el objetivo principal de toda obligación, el pago. De esta manera, las reglas que se deben tomar en consideración para ver cuál plazo prevalece cuando una nueva ley ha ampliado el tiempo de prescripción son las del derecho adjetivo porque la prescripción extintiva es procesal. Por ello, a los procesos que no hayan iniciado al tiempo de la reforma les debe aplicar el nuevo CCo, es decir, el plazo de 5 años.

Con el objetivo de aclarar cómo se ha llegado a esta conclusión, en primer lugar, se explicará qué es la prescripción extintiva y cómo se ha desarrollado el derecho de acción durante los años. En segundo lugar, se expondrá por qué se piensa que la prescripción es sustantiva y también por qué eso no tiene asidero alguno. En tercer lugar, y para finalizar, se defenderá que la prescripción es adjetiva.

2. Marco normativo

Es necesario resaltar cuáles son las normas que permitirán esclarecer la naturaleza jurídica de la prescripción extintiva y de la acción. Uno de los principales objetivos de la prescripción es la seguridad jurídica. Por ello, es importante citar el artículo 82 de la Constitución, CRE, en el que se prescribe que para que haya seguridad jurídica deben existir normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente³.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la prescripción está contemplada en el CC, en el Libro IV, Título XL, De la Prescripción⁴. Para entender si la prescripción

³Artículo 82, Constitución de la República del Ecuador [CRE], RO. Suplemento 449, de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez RO. 377 de 25 de enero de 2021.

⁴ Artículos 2392 a 2424, Código Civil [CC], RO. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez RO. 15 de 14 de marzo 2022.

extingue el derecho de acción o la obligación, se tomarán en cuenta los artículos del párrafo primero, sobre la prescripción en general, pero específicamente se analizará el párrafo tercero, que regula la prescripción extintiva.

Además, para dilucidar si es un modo de extinguir las obligaciones, se analizará la normativa sobre las obligaciones naturales, que está en el mismo Libro, Título III⁵. Uno de los supuestos contemplados por el artículo 1486 del CC para la existencia de estas obligaciones es precisamente la prescripción de las acciones, que permite que a pesar de que ya no sean exigibles, subsistan como naturales. Esto ha sido establecido también por la ex Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia, en la Sentencia No. 0111-2015⁶.

De la misma manera, será útil el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, especialmente el artículo 153 sobre excepciones previas y los artículos 294 y 354 sobre la naturaleza de la audiencia preliminar, en la que se presenta la excepción de prescripción de la acción⁷. También, se considerará lo que estableció la Corte Nacional de Justicia en su Resolución 12-2017 sobre excepciones previas⁸.

A nivel jurisprudencial, es importante la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, de 25 de noviembre 2010, en el caso N. 623-07, pues llega a la misma conclusión que este trabajo, es decir, que la prescripción es adjetiva⁹. Además, la Corte Constitucional, el 24 de marzo de 2021, en la Sentencia 946-19-EP/21 señala que la prescripción es a la acción y no al derecho sustantivo, lo que permite realizar la misma deducción¹⁰.

Adicionalmente, se hará referencia a legislación y jurisprudencia comparada, especialmente de Chile, por ser la más cercana al ordenamiento jurídico ecuatoriano¹¹. De todas formas, se constatará qué mencionan sobre la prescripción extintiva los códigos civiles de Argentina, Italia y Brasil¹². Finalmente, para entender el origen de la

⁵ Artículos 1486 a 1488, CC.

⁶ Sentencia No. 0111-2015 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de 21 de agosto de 2015, 3.

⁷ Artículos 153, 294 y 354, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], RO. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez RO. 53 de 15 de julio de 2022.

⁸ Resolución 12-2017, Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial Suplemento, 23 de junio 2017.

⁹ Sentencia del juicio N.623, EXP623-RS 90, Corte Nacional de Justicia de 25 de noviembre 2010.

¹⁰ Sentencia 946-19-EP, Corte Constitucional, de 24 de marzo de 2021,36.

¹¹ Ver, Código Civil chileno, Registro Auténtico de diciembre 1860, última vez modificado 20 de junio 1930; Corte de Santiago, 26 de enero 1982, 7, citado por Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 49.

¹² Código Civil de la República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Código Civil italiano, citado por Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 48; Código Civil de Brasil, Lei n. 10.406 de Janeiro de 2002.

prescripción y la acción se hará un análisis del Código Napoleónico y del Derecho Romano¹³.

3. Estado del arte: prescripción extintiva y derecho de acción

3.1. Prescripción extintiva

Como bien se conoce, existen dos tipos de prescripción, la adquisitiva o usucapión y la prescripción extintiva o liberatoria. La primera hace referencia al modo de adquirir el dominio y otros derechos reales sobre cosa ajena, por haberla poseído durante un cierto tiempo¹⁴. La segunda es un modo de extinguir las acciones y derechos, de igual manera, por no haberlos ejercido durante un tiempo específico¹⁵. Este trabajo se enfocará en la prescripción extintiva. Al respecto, el artículo 2392 del CC ecuatoriano determina:

Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales¹⁶.

Para entrar en contexto, la prescripción tiene sus orígenes en el Derecho Romano. En un inicio todas las acciones eran perpetuas e imprescriptibles, aunque pronto fue notorio que eso no convenía al interés público¹⁷. La perpetuidad generaba gran incertidumbre en los deudores que, sin perjuicio del paso del tiempo, nunca llegaban a tener la certeza de no ser exigidos para cumplir sus obligaciones pendientes.

Fue el emperador Teodosio II, en el año 424 d.C, quien implementó en la Constitución la excepción *prescriptio triginta annorum* según la cual el deudor podía oponer una excepción contra la acción del acreedor no ejercida en 30 años¹⁸. En otras palabras, la prescripción extintiva se concibió como una excepción procesal para paralizar la acción, aunque la obligación continuaba existiendo. Si se cumplía la obligación extrajudicialmente, el deudor perdía el derecho a reclamar lo pagado, asimilándose a lo que hoy se conoce como obligaciones naturales¹⁹.

¹³ Ver, Código Napoleón de 1807, (Madrid: Imprenta hija de Ibarra, MDCCCIX) 226; Friedrich Savigny, Tratado de Derecho Romano, (Paris: Firmin Didot Freres, Librairie, 1846); ¹³ Carlos J. Medellín, *Lecciones Elementales de Derecho Romano*, (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1961).

¹⁴ Guillermo Ospina, *Régimen General de las Obligaciones*, (Bogotá: Temis, 1980), 500.

¹⁵ René Abeliuk, *Las Obligaciones*, Tomo II, cuarta edición, (Santiago de Chile: Temis, 2001), 1072.

¹⁶ Artículo 2392, CC.

¹⁷ Claudia Fonseca, "La prescripción extintiva y la caducidad", *Revista de Derecho Privado*, (2004), 184.

¹⁸ Carlos J. Medellín, *Lecciones Elementales de Derecho Romano*, (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1961), 233.

¹⁹ Irma García y Carla Amans, *Derecho Romano* (Buenos Aires: Docencia, 2001), 347.

Existen varios motivos por los cuales se adoptó la prescripción extintiva y por los que se ha mantenido hasta la presente fecha. La prescripción liberatoria obedece principalmente a motivos de orden, paz social y seguridad jurídica²⁰. De hecho, este último motivo es tan importante que ha sido recogido en el artículo 82 de la CRE²¹. Es necesario evitar una excesiva prolongación de las relaciones jurídicas para eliminar la inestabilidad y la incertidumbre. Por esta razón, se ha optado por consolidar el estado de las situaciones que no han sido reclamadas con el paso del tiempo. En la misma línea, se considera que la prescripción extintiva es una forma de sanción al acreedor negligente que no puso en marcha su acción durante un periodo razonable de tiempo. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia determinó que:

*Ha sido universalmente aceptado que la causa que justifica el instituto de la prescripción de la acción, es sin duda, la seguridad jurídica y el orden público, pues el interés general de la sociedad exige que haya certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas. Sin embargo, también se afirma que es la lógica consecuencia de la negligencia o inactividad de quien debe hacerla valer oportunamente, esto es, dentro del tiempo y condiciones que consagre la ley, porque la acciones duran mientras el derecho a la tutela jurídica no haya perecido y ese derecho, generalmente, subsiste tanto y en cuanto no se haya perdido por la inactividad del titular*²².

Para que opere la prescripción extintiva, de acuerdo con el artículo 2414 del CC, se exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones²³. Este lapso es de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez años para las acciones ordinarias²⁴. Además, existen prescripciones de corto plazo para acciones especiales como las que son para cobrar los honorarios de abogados o médicos²⁵. Así, se puede observar que la prescripción tiene una parte objetiva que consiste en el transcurso del tiempo y una parte subjetiva que se refiere a la inacción del acreedor²⁶.

La prescripción se propone a través de una excepción previa al momento de contestar la demanda y se sustenta en la audiencia preliminar o primera fase de audiencia

²⁰ Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo IV, (Madrid: Imprenta Eduardo Cesta, 1874).

²¹ Artículo 82, CRE.

²² Sentencia C-597, Corte Constitucional de Colombia, 1998, tomado de *Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo XXVIII, 137 (énfasis añadido).

²³ Artículo 2414, CC.

²⁴ Artículo 2415, CC.

²⁵ Ver, artículos 2421-2424, CC.

²⁶ Claudia Fonseca, “La prescripción extintiva y la caducidad”, 187.

única²⁷. En este sentido, se podría inferir que la prescripción es de carácter procesal. Esto se analizará más adelante, pues es el tema central de este trabajo.

Hasta este punto queda claro que la prescripción extintiva es una institución que opera ante la inacción del acreedor por un periodo determinado de tiempo para sancionar al acreedor negligente, asegurar la paz social y la seguridad jurídica. Lo que no queda claro es qué es lo que regula, ni su naturaleza. En la doctrina, hay quienes argumentan que lo que extingue la prescripción es el derecho de acción y hay quienes sostienen que se extingue el derecho de crédito, contrapartida material de la obligación.

Pugliese, por ejemplo, sostiene que por medio de la prescripción se extingue el derecho de crédito que tiene el acreedor respecto de la obligación del deudor por el mero paso del tiempo y su inercia²⁸. Sin embargo, para otros doctrinarios, como los hermanos Mazeaud, la prescripción no es verdaderamente un modo de extinción de las obligaciones. En efecto, deja subsistir una obligación civil a cargo del deudor que se transforma en natural. La obligación no se extingue, sino solamente los medios de exigir su ejecución²⁹. Para poder llegar a una conclusión al respecto es fundamental analizar las diferentes acepciones de “acción” que hay en la doctrina, que se han desarrollado con el paso de los años.

3.2. Derecho de acción: teoría clásica

Para analizar qué extingue la prescripción liberatoria es necesario determinar si la acción es un derecho adjetivo autónomo al derecho sustantivo que se alega en juicio o si, por el contrario, la acción y el derecho sustantivo son lo mismo. De la respuesta a esta pregunta depende la determinación de qué regula la prescripción. Por un lado, si la acción es un derecho adjetivo autónomo, se ataca únicamente a la acción, permitiendo que subsista el derecho sustantivo y así, su contrapartida, la obligación. Por otro lado, si la acción equivale al derecho sustantivo, en definitiva, lo que se extingue es la obligación. Además, depende de esta respuesta, entre otros puntos, si la prescripción extintiva es procesal o sustantiva.

²⁷ Resolución N. 12-201, Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial Suplemento, 23 de junio 2017.

²⁸ Giovanni Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (Milán:N/D, 1938), 3 y 4 (traducción no oficial).

²⁹ Henri, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Luis Alcalá (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976), citado por Fernando Hinestroza, *La Prescripción Extintiva*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 67.

La teoría tradicional o clásica de la acción fue apoyada por varios autores. Savigny, por ejemplo, señala que se reconoce que toda acción implica, necesariamente, dos condiciones, un derecho en sí y la violación de ese derecho. Explica que, si el derecho no existe, su violación no es posible y si no hay violación, “el *derecho no puede revestir la forma de una acción*”³⁰. Así, el autor sostiene que la acción es inherente al derecho de fondo, ya que sin una violación de este la acción no existiría.

De igual forma, Demolombe menciona que la acción es lo mismo que el derecho sustancial, con la precisión de que la acción es el mismo derecho, pero en estado dinámico, cuando es violado. Según este autor “la acción es el derecho mismo puesto en movimiento; es el derecho en el estado de *acción*, en vez de estar en el estado de reposo [...]”³¹. Lo mismo argumenta Garsonnet quien afirma que “[l]a acción no es en el fondo, sino el derecho mismo que queda en alguna forma inactivo en tanto que no es controvertido, pero que se pone en movimiento desde que es desconocido o violado”³².

En síntesis, y como lo explican Marinoni, Pérez y Núñez, antes de la segunda mitad del siglo XIX la acción era concebida como parte del derecho material³³. Esta concepción se sustentaba en que, para los doctrinarios de la época, el análisis sobre la acción se centraba únicamente en su relación con el derecho subjetivo. Sin embargo, se puede hacer algunas críticas a la tesis tradicional.

La primera de ellas es que hay acciones sin que se haya violado algún derecho sustancial y también hay derechos sin acción. En efecto, hay acciones que buscan la declaración de una situación y que no devienen específicamente de la violación de un derecho sustantivo. Parte de la doctrina concibe que hay dos tipos de acciones: las *actio in personam*, que persiguen el cumplimiento de una obligación y las *actio in rem*, que protegen cualquier otro derecho que no sea uno que deviene de obligaciones³⁴.

Un ejemplo de esta última clasificación es la acción que se da en un proceso voluntario de inventario para que se declare el estado de un determinado grupo de bienes. Esto no guarda relación alguna con un derecho de crédito afectado, ni con el incumplimiento de una obligación. Igualmente, existen derechos sin acción, que es el caso

³⁰ Friedrich Savigny, *Tratado de Derecho Romano*, (Paris: Firmin Didot Freres, Librairie, 1846) 11 y 12, (énfasis añadido).

³¹ Charles Demolombe, *Traité de la distinction des biens : de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation* (Paris : A. Lahure, Pedone Lauriel, Hachette et Cie., Marchal, Billard et Cie, 1881), 191.

³² Eugene Garsonnet. *Précis de procédure civile* (Francia : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923),86.

³³ Luiz Marinoni, Alvaro Pérez y Raúl Núñez, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. (Santiago: Abeledo-Perrot, 2010), 151.

³⁴ M. F. C. de Savigny, *Sistema del derecho romano actual*. (Granada: Comare, 2005), 765.

de las obligaciones naturales. Estas se caracterizan por no ser exigibles, pero en caso de que se cumplan, la ley las concibe como justas al tener un derecho vigente como contrapartida.

La segunda crítica es que, contrario a lo que establece la tesis tradicional, no hay únicamente una acción para cada derecho³⁵. Esta tesis concibe a la acción como la consecuencia de la afectación a un derecho, esgrimiéndose que por cada derecho afectado hay una única acción. Sin embargo, un análisis detallado del CC deja ver que a un derecho le pueden corresponder diversas acciones y que dependerá del actor proponer la que más le convenga.

Por ejemplo, en la condición resolutoria tácita, cuando ha habido un incumplimiento, le corresponde al acreedor decidir si, al activarla, propone una acción de cumplimiento de la obligación o si opta por la acción de resolución del contrato³⁶. De la misma manera sucede en el caso de las cláusulas penales, pues, salvo pacto expreso en contrario, no puede pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, pero el acreedor siempre puede pedir la indemnización o la pena³⁷. Por estos motivos la tesis evolucionó y dio paso a la teoría moderna del derecho de acción.

3.3 Derecho de acción: tesis de la autonomía de la acción

Con el paso del tiempo, se ha desarrollado la tesis de la autonomía de la acción, que es la más aceptada en la actualidad. Esta tesis fue promulgada por Windscheid y Muther y ha sido adoptada a lo largo de los años por diversos doctrinarios como Wach, Degenklob, Plosz, Chiovenda, entre otros³⁸. Desde su origen esta tesis ha evolucionado, pues durante el transcurso de los años los doctrinarios han enfocado a la acción desde un punto de vista más amplio³⁹. Inclusive, en la actualidad hay quienes enfocan a la acción desde la perspectiva del derecho procesal y la asimilan al derecho de jurisdicción, explicando que se trata de un derecho constitucional, el derecho de petición⁴⁰.

Según Windscheid, la acción y el derecho material no podrían ser lo mismo porque hay acciones que le corresponden a la persona incluso antes de la violación de un

³⁵ Luis Dorantes, "Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM* (1980), 785.

³⁶ Artículo 1505, CC.

³⁷ Artículo 1559, CC.

³⁸ Luis Dorantes, "Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal", 785.

³⁹ Ver, Fausto Vallado, "La acción en la teoría pura del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 707.

⁴⁰ Ver, Osvaldo González, *Defensas y excepciones*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007), 4-25.

derecho⁴¹. Para ejemplificar esto, nombra la *actio empti* que tenía el comprador, en Roma, en caso de que no se le entregue el objeto, incluso antes de que se le hubiera negado la entrega⁴². En la actualidad, como ejemplo, se puede nuevamente mencionar a la condición resolutoria tática, pues el artículo 1505 del CC prescribe que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”⁴³. Así, se tiene esta acción desde que se celebra el contrato, antes de que se haya generado el incumplimiento, por lo que no podría ser lo mismo que el derecho sustancial que se viola.

A la par de la tesis de los autores Windscheid y Muther, se han desarrollado las teorías de la acción concreta y de la acción abstracta. Ambas sostienen que la acción es autónoma al derecho sustantivo. No obstante, la primera menciona que la acción es concretamente la pretensión⁴⁴. Por su parte, la segunda argumenta que la acción es tan autónoma que ni si quiera debe recaer sobre un derecho material específico, sino que subsiste por si sola⁴⁵.

En la misma línea, autores como Couture sostienen que la acción es autónoma y que en realidad se trata de una proyección de la personalidad, por lo que es un derecho fundamental del ser humano⁴⁶. Según Gonzáini “la acción tiene un carácter intrínsecamente constitucional, porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional”⁴⁷. Lo mismo sostiene Ramírez quien escribe que “el derecho de acción, así como el derecho inviolable de defensa, entran en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a todos”⁴⁸. En efecto, con el pasar de los años las constituciones de diversos países han integrado en su contenido una serie de derechos humanos que son imprescriptibles e inalienables. Entre ellos se encuentran los que velan por la tutela efectiva de los derechos.

Así, hoy en día, una parte mayoritaria de la doctrina diferencia el derecho de acción del derecho sustantivo. De hecho, quien activa el aparato judicial no necesita estar respaldado de razón. Sin embargo, a pesar de que en la actualidad se considera que

⁴¹ Luis Dorantes, “Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal”, 786.

⁴² *Ibíd*, 786.

⁴³ Artículo 1505, CC.

⁴⁴ Luis Dorantes, “Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal”, 793.

⁴⁵ Osvaldo Gonzáini, *Defensas y Excepciones*, 7.

⁴⁶ Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, (Buenos Aires: Depalma, 1987), 71.

⁴⁷ Osvaldo Gonzáini, *Defensas y Excepciones*, 7.

⁴⁸ Carlos Ramírez, *Derecho procesal*, (Bogotá: Librería del Profesional, 2001), 25.

la acción es un derecho fundamental procesal, autónomo del derecho material, hay quienes sostienen que, de todas formas, la prescripción extingue al derecho de fondo y no sólo a la acción. Por esta razón, algunos consideran que la prescripción es sustantiva, pero además hay quienes llegan a esta misma conclusión por otros motivos. En la siguiente sección se analizará la postura que defiende que la prescripción liberatoria es sustantiva para después explicar por qué en la actualidad es procesal.

4. La prescripción extintiva es sustantiva

Existen importantes diferencias entre los derechos adjetivos y sustantivos. La expresión del Derecho Adjetivo, para diferenciarlo del Derecho Sustancial, fue en un inicio propuesta por Bentham y acogida por Kelsen⁴⁹. El Derecho Adjetivo es el Derecho Procesal, y como consecuencia inevitable, regula lo atinente al proceso y el procedimiento. Por el contrario, el Derecho Sustantivo contempla el conjunto de deberes, derechos y obligaciones originados en las relaciones de personas, de personas con cosas, de cosas, y de cosas con cosas⁵⁰.

En el sistema jurídico ecuatoriano los derechos procesales se rigen por el COGEP, el Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, y la Ley de Arbitraje y Medición, LAM. Por su parte, los derechos sustantivos están recapitulados en distintos códigos del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el CC y el Código de Comercio, CCo, entre otros. De todas formas, no existe una división tajante de contenido y es común que los códigos sustantivos contengan normas adjetivas, así como los adjetivos normas sustantivas.

Es importante resaltar que históricamente, en contraposición a lo que se sostiene en este trabajo, la prescripción liberatoria ha sido considerada sustantiva⁵¹. Como lo expone Domínguez, quienes comparten esta opinión tienen tres argumentos importantes. Primero, que la prescripción extintiva está regulada en conjunto con la prescripción adquisitiva que, al ser un modo de adquirir el dominio, es sustantiva⁵². Segundo, que es

⁴⁹ Juan Guillermo Velásquez, “El Derecho Procesal Fundamental”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (1997), 314-350.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017), 53.

⁵² Luis Parraguez, entrevistado por Valentina Paladines, 15 de noviembre de 2022, transcripción https://estudusfqedumy.sharepoint.com/:w:/r/personal/mvpaladines_estud_usfq_edu_ec/_layouts/15/doc.aspx?sourcedoc=%7B7cc2c0e4-bf5f-49d1-91ad-bf008d2b5633%7D&action=edit (último acceso 20/11/22).

un modo de extinguir las obligaciones civiles, cuyo efecto es sustantivo⁵³. Tercero, para defender este último punto también afirman que las obligaciones naturales no son obligaciones jurídicas, sino morales⁵⁴. A continuación, se verá por qué estos argumentos no son jurídicamente correctos.

4.1. La prescripción extintiva está regulada con la prescripción adquisitiva

De acuerdo con Luis Parraguez, la redacción conjunta de la prescripción extintiva con la prescripción adquisitiva demuestra que ambas tienen efectos sustantivos⁵⁵. No obstante, tal afirmación no es correcta. Durante años se ha debatido sobre el hecho de que ambas prescripciones estén reguladas en un mismo artículo. Según Domínguez, siendo tan diversas ambas figuras, es natural que el tratamiento común de ambas instituciones haya recibido y reciba críticas de la doctrina⁵⁶. En definitiva, existen importantes diferencias entre ambos tipos de prescripción. La primera y más importante diferencia es que desde un inicio ambas figuras tenían distintos efectos jurídicos. La prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir el dominio, mientras que la prescripción extintiva es un modo de extinguir la acción⁵⁷.

La segunda es que, como el Código bien determina, la prescripción liberatoria exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido las acciones⁵⁸. Por el contrario, como lo explica Abeliuk, para que haya prescripción adquisitiva no basta el mero transcurso del tiempo y el no ejercicio del derecho. Es necesario que otra persona adquiera éste por haberlo poseído durante cierto tiempo y la concurrencia de los otros requisitos que señala la ley⁵⁹. Como señala Lira, la palabra “solamente” que utilizó el legislador en el artículo de prescripción extintiva indica que para que ella opere nada tiene que ver la posesión, el justo título, la buena fe y demás elementos, que sí interesan en la usucapión⁶⁰. La tercera diferencia es que la prescripción adquisitiva sólo tiene lugar en los derechos reales, mientras que la extintiva lo hace en las acciones de éstos y también en los derechos personales⁶¹.

⁵³ Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 53.

⁵⁴ *Ibíd*, 54.

⁵⁵ Luis Parraguez, entrevistado por Valentina Paladines.

⁵⁶ *Ibíd*, 27.

⁵⁷ René Abeliuk. *Las obligaciones*, 1075.

⁵⁸ Artículo 2414, CC.

⁵⁹ René Abeliuk. *Las obligaciones*, 1074.

⁶⁰ Pedro Lira, *Las prescripciones de corto tiempo en el Código Civil* (Santiago de Chile: Imprenta Chile, 1926), 28.

⁶¹ René Abeliuk. *Las obligaciones*, 1075.

Por este motivo, hay Códigos como el de Alemania, Suiza, Italia, Brasil o Perú, que han optado por tratar a la prescripción de manera separada⁶². Por ejemplo, en Alemania la prescripción adquisitiva se regula en los artículos 937 y siguientes del Libro III, sobre Derecho de las cosas y la prescripción extintiva en los artículos 194 y siguientes del Libro I, en la Parte General⁶³. De esta manera, desde hace numerosos años se ha aceptado que la usucapión y la prescripción liberatoria no son lo mismo.

De hecho, se reconoce que la razón para mantener su regulación conjunta es práctica⁶⁴. A pesar de sus sustanciales diferencias, también hay que reconocer que tienen en común el transcurso del tiempo, y otras reglas, como la interrupción, la suspensión la necesidad de alegarla y la prohibición de renuncia⁶⁵. Por ello, una reglamentación separada obliga a referencias recíprocas y a repetir lo que ya se había contemplado en el título “De la Prescripción en general”, que contiene las reglas comunes a toda prescripción⁶⁶. Esta explicación se puede constatar, por ejemplo, en el Proyecto de Código Civil y de Comercio de Argentina, que decidió mantener tanto a usucapión como a prescripción extintiva juntas, por un tema pragmático⁶⁷.

Así, sin perjuicio de que la prescripción adquisitiva y la extintiva son dos figuras jurídicas distintas e independientes, hay motivos que impulsan a mantener su regulación común. Por esta razón, el hecho de que la prescripción adquisitiva y extintiva estén reguladas en conjunto en algunos códigos civiles, como el ecuatoriano, no tiene relevancia para determinar si la naturaleza de la prescripción extintiva es procesal o no. En definitiva, la naturaleza de las figuras jurídicas se determina por sus efectos y no, necesariamente, por su ubicación en el Código ni artículo específico.

4.2. La prescripción extintiva es un modo de extinguir las obligaciones

Este es el argumento más sólido para defender que la prescripción es sustantiva, pues si la prescripción fuera un modo de extinguir las obligaciones tendría un efecto que

⁶² El Código de Italia de 1942 regula a la prescripción en el Libro VI, De la tutela de los derechos y la usucapión está en el Libro III, De la propiedad; El Código de Perú de 1984 trata a la prescripción adquisitiva en el Libro V sobre Derechos reales y en el Libro VIII regula la prescripción extintiva; El Código de Paraguay de 1987 regula a la usucapión en el Libro IV, De los derechos reales o sobre las cosas y a la extintiva en el Libro II como modo de extinguir obligaciones.

⁶³ Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Traducción por Albert Lamarca Marquès. Marcial Pons (2013). Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 30.

⁶⁴ Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 30.

⁶⁵ René Abeliuk, *Las obligaciones*, 1074.

⁶⁶ *Ibíd*, 30.

⁶⁷ Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, citado por Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 30.

sería primordialmente sustantivo⁶⁸. La base jurídica para argumentar esto es el artículo 1583 del CC que establece a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones⁶⁹. De la misma manera, esta tesis considera que cuando el artículo 2392 del CC menciona que la prescripción extingue “acciones y derechos”, se refiere tanto al derecho de acción como al derecho sustantivo⁷⁰.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que si la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones existe una contradicción con respecto al artículo de las obligaciones naturales. Según el artículo 1486 del CC una de las hipótesis de obligación natural son las obligaciones civiles extinguidas por prescripción⁷¹. En tal sentido, si la obligación sobrevive después de la prescripción, esta no podría ser un modo de extinguir las obligaciones. Por ello, se defiende que las obligaciones naturales no son obligaciones jurídicas, sino únicamente morales. En la siguiente sección de este trabajo se analizará por qué esto es incorrecto.

Se conoce que el CC fue inspirado en el Código de Bello, que fue promulgado en 1860, es decir que fue escrito a inicios del siglo XIX⁷². Como se expuso antes, en esa época primaba la tesis clásica de la acción, según la cual la acción y derecho sustantivo eran consideradas similares. Así, cuando el autor redactó esta institución pudo haber sostenido la tesis clásica de la acción. Si ese fuera el caso, la prescripción atacaba tanto a la acción como al derecho de fondo, pues eran lo mismo. En este sentido, tiene lógica que se haya añadido a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones.

No obstante, esta respuesta no aclara por qué se contempló a las obligaciones naturales en el mismo Código. Por este motivo, después de analizar e interpretar todos los artículos pertinentes, este trabajo concluye que simplemente hubo un error al añadir, a la vez, a la prescripción como modo de extinguir las obligaciones y como hipótesis de obligación natural. Se debe aplicar el artículo 18 numeral 4 del CC, que dispone que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que entre todas ellas haya correspondencia y armonía⁷³. Al existir una contradicción entre los artículos que regulan a la prescripción, es necesario hacer un análisis sistemático del Código.

⁶⁸ Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 30.

⁶⁹ Artículo 1583, CC.

⁷⁰ Artículo 2392, CC.

⁷¹ Artículo 1486, CC.

⁷² Código Civil chileno, Registro Auténtico de diciembre 1860, última vez modificado 20 de junio 1930.

⁷³ Artículo 18 numeral 4, CC.

En primer lugar, se debe analizar el artículo 1583 sobre los modos de extinguir las obligaciones. En segundo lugar, hay que constatar el artículo 2392 que define a la prescripción. En tercer lugar, hay que entender cómo se armonizan estos últimos con el artículo 1486 sobre las obligaciones naturales.

Primero, el artículo 1583, sobre los modos de extinguir las obligaciones, determina la siguiente lista taxativa:

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
2. Por la solución o pago efectivo;
3. Por la novación;
4. Por la transacción;
5. Por la remisión;
6. Por la compensación;
7. Por la confusión;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y, 1
11. Por la prescripción.

De esta lista, se puede notar que, aparte de la prescripción, no hay ningún modo de extinguir las obligaciones que permita que la obligación sobreviva como natural una vez que ha operado. Eso se debe a que, precisamente, esa es su función. La consecuencia de que opere uno de estos modos es que las obligaciones dejen de producir efectos jurídicos⁷⁴. Como lo explica Ramos, son hechos o actos a los que la ley atribuye el valor de hacer cesar los efectos de la obligación⁷⁵. Sin embargo, a pesar de que el resto de modos cumplen su objetivo, la prescripción no lo hace. Como se mencionó, y como lo afirma también Parraguez, una vez prescrita la obligación civil, subsiste como natural, por lo que, en definitiva, ha sido un error incluirla en la lista del artículo 1582 del CC⁷⁶.

Segundo, hay que entender el artículo 2392 del CC, según el cual la prescripción extingue “acciones y derechos”⁷⁷. Como se explicó, para quienes consideran que la prescripción es sustantiva, la palabra “derechos” se refiere al derecho sustantivo. Abeliuk, por ejemplo, señala que “el Código fue muy preciso al decir que la prescripción extintiva

⁷⁴ Rodrigo Barcia, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 145.

⁷⁵ René Ramos, *De las obligaciones*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 227.

⁷⁶ Luis Parraguez, entrevistado por Valentina Paladines.

⁷⁷ Artículo 2392, CC.

pone fin al *derecho y su acción*⁷⁸. Aunque enseguida esclarece que es un error decir que la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones porque la obligación sobrevive como natural. En este sentido, parece que según el autor sobrevive una obligación jurídica sin su derecho sustantivo, lo cual no parece acertado. Es más sencillo comprender que el derecho material no se ve afectado y por eso, su contrapartida, la obligación, tampoco.

Por ello, este trabajo sostiene que, cuando el CC se refiere a la extinción de “acciones y derechos”, en realidad se trata de una redundancia. La prescripción atañe sólo a la acción, no al derecho material. En consecuencia, subsiste el derecho sustantivo y esa es la razón por la cual existe la obligación natural que, como se explicará enseguida, sí es una obligación jurídica. Además, es elemental recordar que en la modernidad se ha dado paso a la teoría de la autonomía de la acción, por lo que la prescripción ya no puede atacar a la acción y al derecho sustantivo en conjunto.

4.3. La obligación natural es moral

Una vez que se ha expuesto cómo se debe entender a los artículos 2392 y 1583 del CC, es sustancial determinar cómo se armoniza su contenido con la existencia de las obligaciones naturales. Estas obligaciones son aquellas que no pueden ser exigidas en juicio, pero que una vez que se han pagado no dan lugar al derecho de repetición⁷⁹. Quienes creen que la prescripción es sustantiva alegan que la obligación natural sería en realidad únicamente moral y no jurídica⁸⁰.

De esta manera, para quienes tienen esta opinión no es posible que exista una obligación jurídica que no sea exigible⁸¹. La base para la existencia de una obligación jurídica sería la responsabilidad del deudor, es decir que comprometa su patrimonio embargable para asegurar el cumplimiento de la obligación⁸². Caso contrario, si la obligación no es exigible sólo depende de la voluntad del deudor, que si paga cumple una mera liberalidad.

Para saber si la obligación natural es moral, es fundamental analizar qué pensó Bello cuando escribió esos artículos. Se conoce que el autor del CC se inspiró el Código Napoleónico, en la obra de Pothier, en sus conocimientos de Derecho Romano y en la

⁷⁸ René Abeliuk. *Las obligaciones*, Tomo II, (Santiago de Chile: Temis S.A.), 1072, (énfasis añadido).

⁷⁹ Artículo 1486, CC.

⁸⁰ Hugo Tapia, *De las Obligaciones Naturales*, (Santiago de Chile: Nascimento, 1941), 98.

⁸¹ Antonio Hernández, *Derecho de Obligaciones*, (Madrid: Ferrandis Vilela, 1960), 73-74.

⁸² Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 51.

legislación española⁸³. Ahora bien, después de analizar los antecedentes, se puede asegurar que Bello no incluyó a la obligación natural como moral. Así lo considera, también, la doctrina más autorizada de Chile. Según Navia, creer que la obligación natural es moral ha sido “un punto de vista rechazado tajantemente por la casi totalidad de la doctrina chilena”⁸⁴. Algunos de estos doctrinarios son Claro Solar, Alessandri, Meza Barros y Abeliuk⁸⁵.

El Code Civil únicamente hace referencia a las obligaciones naturales en un artículo, el 1235, con respecto al pago, donde se determina que quien paga lo voluntariamente no tiene derecho de repetición⁸⁶. Sobre estas obligaciones, Pothier considera que son morales y las define como aquellas que en el fondo del honor y de la conciencia, obligan a aquel que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se haya contenido⁸⁷.

Ahora bien, Bello reconoce que se inspiró en Pothier en la redacción del CC, por lo que podría considerarse que la obligación natural es moral⁸⁸. Sin embargo, parecería que en realidad se inspiró en la teoría romana de la obligación natural, según la cual sólo hay obligación natural donde hubo una obligación civil o donde pudo haberla⁸⁹. En el CC todas las causales de obligación natural corresponden a obligaciones que fueron civiles o que pudieron serlo.

Además, no hay que ignorar que el redactor pudo haber incluido alguna referencia a las obligaciones morales, pero se alejó de esta posibilidad, y, al contrario, incluyó diversos artículos para explicarla. Primero la define, luego enumera las hipótesis que constituyen obligaciones naturales y después explica que valen las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales para asegurar estas obligaciones⁹⁰. En este sentido, no cabe duda de que, desde su origen, las obligaciones naturales han sido jurídicas. Si no lo fueran, el CC simplemente no les atribuiría efectos jurídicos. Más adelante se volverá a explicar, desde otra perspectiva, por qué las obligaciones naturales sí son obligaciones jurídicas.

⁸³ Felipe Navia, “Las obligaciones naturales en el Código de Bello”, *Revista de Derecho Privado de Externado* (2009), 10.

⁸⁴ *Ibíd.*, 13.

⁸⁵ Ver, Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, De las Obligaciones* (Santiago: Nacimiento, 1936) 24-44; Alessandri Rodríguez, *Teoría de las obligaciones* (Santiago: Ediar Cono Sur, 1988), 35-39; Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil: de las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1974), 35; René Abeliuk, *Las obligaciones*, 309.

⁸⁶ Artículo 1235, Código Napoleón de 1807, (Madrid: Imprenta hija de Ibarra, MDCCCIX) 226.

⁸⁷ Felipe Navia, “Las obligaciones naturales en el Código de Bello”, 13.

⁸⁸ *Ibíd.*, 12.

⁸⁹ Jean Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, título I, sección 5, párrafo 9.

⁹⁰ Ver, artículos 1486-1488, CC.

De esta manera, conforme al artículo 18 numeral 2 del CC, la manera de comprender sistemáticamente los artículos sobre prescripción extintiva es la siguiente. Primero, cuando el Código se refiere a “acciones y derechos” es simplemente una redundancia, pues los derechos sustantivos no se extinguen. Segundo, es un error incluir a la prescripción en los modos de extinguir las obligaciones porque la obligación sobrevive como natural. En suma, la prescripción es una institución procesal que extingue el derecho de acción, pero que no atañe ni al derecho sustantivo del acreedor, ni a la obligación del deudor.

Antes de continuar, es necesario exponer que la Corte Nacional de Justicia considera que la prescripción extintiva es sustantiva, aunque no explica por qué. En su Resolución 12-2017 mencionó que no cabe duda de que la excepción previa de prescripción debe ser resuelta mediante sentencia porque se refiere a una cuestión sustancial del proceso. De igual manera, estableció que si el legislador permitió que la prescripción extintiva sea resuelta como excepción previa a través de la ley procesal fue en atención a razones de economía procesal⁹¹.

Como se aclarará en el siguiente punto, si la excepción de prescripción se conoce en la fase adjetiva no es por motivos de economía procesal, sino porque realmente es una institución del Derecho Adjetivo. La prescripción liberatoria ataca únicamente a la acción, permitiendo que el derecho sustantivo subsista. En tal sentido, lo único que se analiza en la audiencia preliminar es la parte adjetiva, es decir, si en efecto la acción prescribió o no, mas no el derecho que se pretende exigir en juicio.

5. La prescripción extintiva es procesal

Como se ha explicado, un análisis sistemático del CC demuestra que la prescripción no es un modo de extinguir obligaciones, sino acciones, permitiendo que sobreviva la obligación jurídica como natural. Así mismo, un enfoque contemporáneo de la acción, según su nueva realidad, es decir, desde la perspectiva de la tesis de la autonomía de la acción confirma que la prescripción sólo extingue la parte procesal. Por este motivo, la prescripción es una excepción previa que se trata en audiencia preliminar.

A continuación, se explicará, más allá de los debates doctrinarios, por qué la acción es un derecho adjetivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Seguido a ello, se evidenciará que la prescripción no es un modo de extinguir las obligaciones porque la

⁹¹ Resolución 12-2017, Corte Nacional de Justicia.

obligación natural es jurídica. Finalmente, se constatará la relevancia de que la prescripción sea una excepción previa y se trate en audiencia preliminar.

5.1.La acción es procesal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La acción es un derecho procesal, por lo que la prescripción liberatoria también es adjetiva. Al tratar la prescripción extintiva de las acciones, el CC determina en su artículo 2414 que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones⁹². Enseguida, en el artículo siguiente el mismo Código nos permite esclarecer a qué se refiere la palabra “acciones”. El artículo 2415 prescribe lo siguiente:

*Art.2415. Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco*⁹³.

De la lectura de la norma notamos que el legislador especificó que la acción se refiere a las vías establecidas en el COGEP para reclamar derechos. Particularmente menciona a las acciones que se proponen en vía ordinaria y a las acciones que se ejercitan en vía ejecutiva⁹⁴. De esta forma, es evidente que, según el CC, la prescripción extintiva se refiere al derecho procesal de acción.

Además, el mismo COGEP determina que la prescripción ataca al derecho de ejercer la acción. En su artículo 307 establece que:

*Art. 307.- Prescripción. En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda*⁹⁵.

De la lectura del artículo resulta evidente que la prescripción extintiva se refiere al derecho procesal de acción. De la misma manera, en 1956 se realizó un decreto legislativo que introdujo algunas reformas al CC. En ese decreto se modificó el plazo de prescripción y desde ese entonces parece que el legislador ya diferenciaba que la

⁹² Artículo 2414, CC.

⁹³ Artículo 2415, CC, (énfasis añadido).

⁹⁴ Ver, COGEP, Título I, Capítulo I sobre Procedimiento ordinario y Título II, Capítulo I sobre Procedimiento ejecutivo

⁹⁵ Artículo 307, COGEP, (énfasis añadido).

prescripción extintiva afecta a la acción y no al derecho sustantivo. El artículo relevante indica lo siguiente:

Art. 10.- los plazos de la prescripción adquisitiva del dominio u otro derecho real, y *los de prescripción extintiva de acciones judiciales*, se reducen a la mitad del tiempo señalado en las normas del Código Civil, a menos que tal tiempo sea de cuatro años o menos⁹⁶.

De esta manera, hoy en día es ampliamente aceptado que la prescripción extingue la acción. Hay que recordar que el COGEP es un Código moderno que fue promulgado en 2015 y que da luces sobre cómo se concibe a la prescripción en la época contemporánea. En este sentido, cuando la acción ha prescrito por el paso del tiempo un ciudadano no puede reclamar en la vía procesal, ejecutiva u ordinaria, un derecho material, sin perjuicio de que en realidad no ha desaparecido su derecho sustantivo.

Prueba de esta última afirmación es que el derecho subsiste como natural. El CC en su artículo 1486 prescribe que:

Art. 1486.- Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales, *las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento*; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son:

[...]

*Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;*⁹⁷

Como se explicó anteriormente, las obligaciones naturales son aquellas que no pueden ser exigidas en juicio, pero que una vez que se han pagado no dan lugar al derecho de repetición. En el caso de la prescripción no se puede exigir la obligación porque la acción procesal se ha extinguido por el paso del tiempo, aunque perfectamente se puede cumplir, y en tal caso quien pagó no puede repetir lo que le concedió al acreedor.

En Ecuador la jurisprudencia también ha entendido que la prescripción ataca a la acción. Con respecto a este punto, la Corte Constitucional, el 24 de marzo de 2021, en la Sentencia 946-19-EP/21 determinó que:

[e]xisten ciertos límites establecidos por el ordenamiento jurídico para *el ejercicio del derecho de acción*. El primer y más conocido es *la prescripción de las acciones*

⁹⁶ Decreto legislativo del 11 de octubre de 1956, publicado en el Registro Oficial No. 53, de 6 noviembre del mismo año, (énfasis añadido).

⁹⁷ Artículo 1486, CC, (énfasis añadido).

*procesales. Sin embargo, la prescripción del ejercicio de las acciones procesales no debe ser confundida con la prescripción o caducidad de los derechos sustantivos*⁹⁸.

De esta afirmación queda claro que en Ecuador se adopta la teoría de la autonomía de la acción, pues como bien explica la Corte no se debe confundir la prescripción de las acciones con la caducidad de los derechos sustantivos. En la misma línea, la ex Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia, ha mencionado en la sentencia No. 0111-2015 que:

*La prescripción extintiva se aplica a las acciones y los derechos, no a los títulos valor, ni a las obligaciones que en ellos se contengan, pues ni éstos, ni aquellas prescriben, [...]*⁹⁹.

Además, en la misma sentencia la Corte Suprema mencionó que “la prescripción de la acción produce como efecto la *inexigibilidad* de la obligación civil, su extinción, la que la transforma en obligación natural”¹⁰⁰. En tal sentido, no queda duda de que en Ecuador se entiende que la prescripción extintiva es a la acción.

En el derecho comparado este problema no se ha resuelto y la postura que prevalece varía de un país a otro. En Chile también se ha adoptado la postura de que la prescripción ataca a lo procesal. De acuerdo con Domínguez, casi la unanimidad de la doctrina chilena ha concluido que la prescripción liberatoria sólo extingue la acción entregada al acreedor y no la obligación misma porque esta subsiste como natural¹⁰¹. Sobre este tema, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que:

*La declaración de haber operado la prescripción no se refiere propiamente a la extinción de las obligaciones surgidas del contrato, sino solamente a la acción o pretensión que podría haber permitido exigir el cumplimiento de la obligación. La prescripción deja subsistente una obligación natural y, en estas condiciones, no puede sostenerse que se haya extinguido o disuelto el contrato del que esos derechos nacieron*¹⁰².

Sin embargo, hay países en los cuales las legislaciones parecen indicar que se extingue el derecho mismo y no la acción únicamente. Por ejemplo, el anterior CC

⁹⁸ Sentencia 946-19-EP, Corte Constitucional, de 24 de marzo de 2021, 36 (énfasis añadido).

⁹⁹ Sentencia No. 0111-2015, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de 21 de agosto de 2015, 3 (énfasis añadido).

¹⁰⁰ Sentencia No. 0111-2015, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de 21 de agosto de 2015, 3 (énfasis añadido).

¹⁰¹ Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 49.

¹⁰² Corte de Santiago, 26 de enero 1982, 7, citado por Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 49, (énfasis añadido).

argentino, en su artículo 3947, determinaba que la prescripción “es un medio de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo”¹⁰³. El actual parece, en cambio, evadir el problema y no da una definición sobre prescripción liberatoria, ni hace referencia a acciones ni a obligaciones¹⁰⁴.

También Italia, en el artículo 2934 del CC, parece considerar que la prescripción es al derecho porque determina que “todo derecho se extingue por prescripción cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley”¹⁰⁵. Finalmente, en Brasil el artículo 189 del CC establece que “violado un derecho, nace para el titular una pretensión, la que se extingue por la prescripción [...]”, por lo que parece que se une al pensamiento ecuatoriano y chileno sobre la extinción de la acción y no de la obligación¹⁰⁶.

5.2.La obligación natural es una obligación jurídica

Ahora bien, si la prescripción extintiva es adjetiva o sustantiva también depende de la naturaleza de la obligación natural. Como se mencionó, de acuerdo con la tesis contraria, la obligación natural es nada más una obligación moral, por lo que la prescripción sí es un modo de extinguir las obligaciones y produce efectos sustantivos. En contraposición a este punto, este trabajo sostiene que, en definitiva, la obligación natural es jurídica, de manera que no existe una extinción de la obligación al prescribir la acción.

Para definir si la obligación natural es jurídica o no, primero hay que entender lo que es una obligación. El CC no tiene una definición de qué se entiende por obligación jurídica. En su artículo 1486 prescribe que es obligación civil aquella que es exigible y natural la que, sin tener acción, habiéndose pagado no concede derecho de repetición¹⁰⁷. Sin embargo, de manera general el Código no determina qué es una obligación jurídica.

Históricamente han existido tres teorías para definir a la obligación. La primera es la tesis subjetiva que consiste en poner en una posición de superioridad o de señorío al acreedor con respecto deudor¹⁰⁸. Esta teoría se caracteriza entonces por la voluntad del acreedor sobre el deudor. Fue sostenida, entre otros, por Savigny, Hedemann y

¹⁰³ Artículo 3947, Código Civil de la República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

¹⁰⁴ Código Civil y Comercial de la Nación argentina, Libro Sexto sobre Disposiciones comunes a los derechos personales y reales, Capítulo 2, sobre Prescripción liberatoria, artículo 2554 y sgts.

¹⁰⁵ 2934, Código Civil italiano, citado por Ramón Domínguez, *La Prescripción Extintiva: Doctrina y Jurisprudencia*, 48.

¹⁰⁶ 189, Código Civil de Brasil, Lei n. 10.406 de Janeiro de 2002.

¹⁰⁷ Artículo 1486, CC.

¹⁰⁸ Friedrich Savigny, *Le Droit des Obligations*, (Paris : Nabu Press, 2014), 53.

Ruggiero¹⁰⁹. La segunda es la objetiva, según la cual la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino por un sometimiento del patrimonio del deudor en favor del acreedor¹¹⁰. Esta tesis fue sostenida por algunos doctrinarios como, por ejemplo, Gaudemet¹¹¹. La tercera es la teoría alemana del débito y la responsabilidad, que es la más aceptada en la actualidad. Fue creada por los alemanes, pero fue desarrollada también en Francia, Italia y España¹¹². Sostiene que la relación jurídica obligatoria no es algo unitario, sino que es una relación compleja, formada por dos momentos: el débito y la responsabilidad¹¹³.

Para argumentar que la obligación natural es jurídica este trabajo acogerá la tercera teoría porque es la más completa. Además, porque en el Código se puede encontrar referencia tanto al momento del débito, que tiene lugar al momento de celebrarse el contrato o del nacimiento de la obligación, como al momento de la responsabilidad, que constituye el derecho de prenda de los acreedores¹¹⁴. Con esta aclaración, en los apartados que siguen se evidenciará por qué la obligación natural es jurídica.

El débito y la responsabilidad son momentos y uno sobrevive sin el otro. Si la obligación natural únicamente tiene uno de esos momentos, no significa que no sea jurídica. Al contrario, tiene el objetivo principal de una obligación, que es la necesidad de realizar una prestación en favor del acreedor, y por este motivo el Código permite su retención. El ordenamiento comprende que detrás de la obligación natural hay una relación jurídica patrimonial que debe ser precautelada. No se trata de una obligación moral que puede o no tener efectos económicos, ni de una mera liberalidad. La obligación natural realmente protege la voluntad de las partes y un equilibrio económico que tiene consecuencias patrimoniales. Como lo señalan Malaurie y Aynès, el pago de una deuda prescrita, como obligación natural, no tiene por móvil el deseo de causar placer al *accipiens*, si se hizo es porque realmente había una obligación¹¹⁵.

El débito constituye una situación de deber alguna prestación, que existe desde que nace la obligación hasta que ella desaparece, cuando el deudor la cumple

¹⁰⁹ Ver, *Ibíd*; Justus Hedemann, *Derecho de Obligaciones*, (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019)17; Roberto Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, (Madrid: Instituto editorial Reus, 1929), 76.

¹¹⁰ Felipe Osterling, “Las controversias sobre las obligaciones naturales”, *Themis Revista de Derecho* (1994), 130.

¹¹¹ Ver, Eugene Gaudemet, *Teoría general de las obligaciones*, (México DF: Editorial Porrúa, 2010), 77.

¹¹² Felipe Osterling, “Las controversias sobre las obligaciones naturales”, 130.

¹¹³ *Ibíd*, 130.

¹¹⁴ Ver, Libro IV, Título II, De los Actos y Declaraciones de voluntad y artículo 2367, CC.

¹¹⁵ Philippe Malaurie y Laurent Aynès, *Cours de droit civil. Les obligations*, (París: E. Cujas, 1999), 685.

voluntariamente¹¹⁶. Este es precisamente el caso de la obligación natural. En esta obligación existe un acreedor, un deudor y una prestación determinada. Cuando la prescripción ha extinguido a la acción, como castigo al acreedor negligente, no se ataca al derecho sustantivo, por lo que el vínculo jurídico subsiste.

Hay que recordar que el legislador ha querido sancionar al acreedor por el tiempo que ha dejado pasar. No obstante, el objetivo de la institución de prescripción no es eliminar el vínculo jurídico que unía al acreedor y al deudor. En ese caso no se trataría sólo de una sanción al acreedor, sino que beneficiaría al deudor que no ha pagado. Al notar este inconveniente el legislador estableció que la relación jurídica subsista como débito, a través de la obligación natural. Si no existiera una relación jurídica, el Código no permitiría que se pueda retener lo pagado. De hecho, la *solutio retentio* es un derecho sustantivo, que, como tal, tiene una obligación sustantiva natural.

De esta manera, la obligación natural, sin importar que no tenga el segundo elemento de responsabilidad, es jurídica. Podría entenderse que la falta del elemento de la responsabilidad extingue la naturaleza jurídica de la obligación. Sin embargo, a pesar de que la regla general son las obligaciones civiles, existen otras obligaciones jurídicas, que no necesitan de los dos momentos.

Para poder entender este punto es necesario recordar que contratar es voluntario. Cuando el deudor accedió a realizar una determinada prestación lo hizo de manera libre y voluntaria. Este es el motivo por el cual sobrevive el débito sin la responsabilidad. De hecho, si se cumple, una obligación jamás llega el segundo momento. En el débito no se necesita que la prestación sea exigible, pues las partes voluntariamente han accedido a cumplirla. Ahora, con respecto a las obligaciones que provienen de otras fuentes y que son obligaciones naturales, la voluntad se aprecia al momento del pago, requisito del mismo Código para que se pueda retener lo pagado¹¹⁷.

Ahora bien, la responsabilidad es importante al momento de existir un incumplimiento porque permite al acreedor accionar contra el deudor. Sin embargo, no hay duda de que, antes de que se incumpla, y sea necesario exigirla en juicio, ya existía una obligación jurídica. O es que acaso ¿podría no haber una obligación jurídica durante el tiempo en que la obligación nació y que no se ha incumplido? La respuesta será negativa, pues se estará de acuerdo en que una obligación se celebra con el objetivo de cumplirla y únicamente, de manera, auxiliar, se espera acudir a juicio para solicitar su

¹¹⁶ Felipe Osterling, "Las controversias sobre las obligaciones naturales", 130.

¹¹⁷ Artículo 1486, CC.

cumplimiento. De esta manera, lo esencial en una obligación jurídica es el débito y no la responsabilidad.

De hecho, desde hace algún tiempo ya se viene criticando la definición de obligación jurídica que se centra en la exigibilidad. Como lo observa Ramos, esa definición “constituye sólo una parte de los efectos de las obligaciones, los que se producen cuando el deudor incumple, pero no cubre la situación normal que se da cuando el deudor cumple lo convenido”¹¹⁸. De la misma manera lo ha dicho Fueyo, quien critica que la extensión del concepto sólo abarca los efectos extraordinarios de incumplimiento, por lo que se omite el efecto principal de la obligación, que es el cumplimiento¹¹⁹.

Además, es necesario hacer énfasis en los efectos jurídicos que tiene la obligación natural. En definitiva, tiene como efecto principal *la solutio retentio*, pero también tiene otros efectos relevantes¹²⁰. De acuerdo con el CC esta obligación puede ser novada y también puede ser caucionada¹²¹. En este sentido, es evidente que la obligación natural es jurídica, porque no se puede novar ni caucionar lo jurídicamente inexistente y menos podría realizarse estos actos sobre una obligación moral.

Por lo expuesto, en realidad, la prescripción extintiva no es un modo de extinguir las obligaciones. Como bien lo explica Abelliuk “[l]a prescripción no extingue la obligación [...]; extingue la obligación civil, o sea la acción para exigir el cumplimiento, pero la obligación la deja subsistente como natural”. Además, al igual que Parraguez, especifica que es un error que el artículo de los modos de extinguir las obligaciones enliste a la prescripción¹²².

En suma, la obligación natural es jurídica porque al haberse comprometido el deudor a una prestación de manera voluntaria o haberla pagado de manera consciente, continúa teniendo el primer momento de toda obligación jurídica, el débito. Así mismo, es jurídica porque el CC permite la novación y la caución de la obligación. De esta manera, la prescripción extintiva no es un modo de extinguir las obligaciones porque subsisten como naturales. En otras palabras, la prescripción sólo ataca a lo procesal, que es la acción.

¹¹⁸ René Ramos, *De las obligaciones*, 227.

¹¹⁹ Fernando Fueyo, *La noción de la obligación*, Tomo I, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, N/D)12.

¹²⁰ Artículo 1486, CC.

¹²¹ Artículos 1488 y 1646, CC.

¹²² Luis Parraguez, entrevistado por Valentina Paladines.

5.3. La prescripción adjetiva es una excepción previa

Otro punto que no se puede pasar por alto al momento de determinar que la prescripción extintiva se rige por el Derecho Procesal es que se propone como excepción previa. Para que el juez pueda decidir sobre la prescripción liberatoria el demandado necesariamente tiene que proponerla como excepción previa, pues el juzgador no puede conocerla de oficio. En este sentido, es esencial analizar cuál es el objetivo de las excepciones previas. Según Canosa, el objetivo fundamental de las excepciones previas estriba en la saneación inicial del proceso. Además, el autor afirma que por atacar fallas en el procedimiento las excepciones previas son impedimentos procesales¹²³.

El artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos prescribe una lista taxativa de las excepciones que se pueden presentar:

Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes:

1. Incompetencia de la o del juzgador.
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.
3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.
5. Litispendencia.
6. Prescripción.
7. Caducidad.
8. Cosa juzgada.
9. Transacción.
10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

Se puede notar que cada una de las excepciones previas está regulada por el derecho procesal y no por el sustantivo. De hecho, las excepciones previas se presentan en la contestación a la demanda y se sustentan en la audiencia preliminar, antes de que se haya presentado alguna prueba sobre el fondo. Esta audiencia se caracteriza por subsanar cualquier vicio de validez y de competencia del proceso y del juzgador. Sobre el desarrollo de la audiencia preliminar, el COGEP, en su artículo 294 numeral 2, determina que:

La o el juzgador resolverá sobre *la validez del proceso*, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, *competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanearlo* [...] ¹²⁴.

¹²³ Fernando Canosa, *Las excepciones previas en el código general del proceso*, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2018) 44.

¹²⁴ Artículo 294, numeral 2, COGEP, (énfasis añadido).

Además, al respecto, la Corte Nacional en su Resolución 12-2017 para explicar cuál es la función de la audiencia preliminar menciona que Klein fue pionero en anteponer a la vista principal del juicio una comparecencia oral destinada a prepararlo, purgando, corrigiendo y limpiando los distintos defectos procesales que pudieran afectar a las posibilidades de llegar a una sentencia¹²⁵. Así mismo, la Corte enfatiza que desde su origen la audiencia preliminar ha tenido la finalidad de resolver cualquier cuestión que impediría el conocimiento del fondo de la controversia. Por este motivo, en esta resolución la Corte aclara que, considerando que las excepciones previas pretenden precisamente impedir el conocimiento y decisión del fondo del litigio, han de ser resueltas en la audiencia preliminar¹²⁶.

Lo mismo sucede en los procedimientos ejecutivos, que están conformados con una audiencia única. De acuerdo con el COGEP, artículo 354 “La audiencia única se realizará en dos fases, la primera de *saneamiento*, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos”¹²⁷. Esta primera fase de la audiencia tiene como objeto, al igual que la audiencia preliminar, tratar las cuestiones procesales.

En tal sentido, no podría ser que la excepción previa de prescripción extinga un derecho de fondo de la controversia, cuando ni si quiera se han practicado pruebas, pues el análisis de estos derechos se hace en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, en el caso de las acciones ejecutivas. La acción es un acto meramente adjetivo, y el momento oportuno para analizar si ha prescrito o no, es justamente la fase procesal por excelencia, por lo que no cabe duda de que la prescripción se rige por las normas adjetivas.

De hecho, así lo estableció la Corte Nacional en el juicio N. 623-07. En la Sentencia determinó que:

[I]a *prescripción extintiva es una institución de naturaleza procesal*, que puede ser aplicada como medio de defensa del demandado frente al ejercicio de una *acción* y que por la inacción del actor durante un periodo de tiempo determinado por la ley, *extinguió la protección jurisdiccional del derecho subjetivo materia del reclamo*, facultando al demandado a oponerse al cumplimiento de lo reclamado¹²⁸.

¹²⁵ Resolución 12-2017, Corte Nacional de Justicia.

¹²⁶ Resolución 12-2017. Corte Nacional de Justicia.

¹²⁷ Artículo 354, COGEP, (énfasis añadido).

¹²⁸ Sentencia del juicio N.623, EXP623-RS 90, Corte Nacional de Justicia de 25 de noviembre 2010, (énfasis añadido).

Para concluir, se demostró que la prescripción extingue la acción ordinaria y la acción ejecutiva, que son procesales. Por esta razón, la prescripción es una excepción previa que se sustenta en la fase procesal de la audiencia, motivo por el cual necesariamente se debe guiar por la normativa procesal. En consecuencia, se ha evidenciado que la prescripción no es en realidad un modo de extinguir las obligaciones, sino las acciones, de tal forma que es un error que se incluya a la incluya como modo de extinguir las obligaciones.

6. Conclusiones

Desde que se escribió el CC ha existido la duda de cuáles son los efectos jurídicos de la prescripción extintiva y, por lo mismo, cuál es su naturaleza. Se ha tratado de comprender por qué se incluyó a la prescripción como modo de extinguir las obligaciones y también como fuente de obligación natural, pues hay una evidente contradicción entre ambos artículos. Para darle una solución al problema este trabajo ha realizado, sobre la base del artículo 18 numeral 4 del CC, un análisis sistemático del Código.

En este sentido, se concluye que la prescripción extintiva no es un modo de extinguir las obligaciones, sino un modo de extinguir las acciones. En suma, cuando el artículo 2414 del CC determina que la prescripción extingue “derechos y acciones”, es tan solo una redundancia y hace referencia al derecho de acción. Esto se confirma cuando el artículo siguiente menciona que el tiempo de prescripción es de cinco años para las acciones ejecutivas y diez para las ordinarias.

De la misma forma, la manera de armonizar el artículo 1583 sobre los modos de extinguir las obligaciones y el artículo 1486 de las obligaciones naturales, es simplemente admitiendo que fue un error incluir a la prescripción en la lista del primer artículo. En definitiva, la intención del redactor fue desde un inicio que la obligación natural sea jurídica, y, por ello, especificó que tiene diversos efectos jurídicos. La obligación natural en el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite retener el pago, es decir que, tiene el momento principal de toda obligación jurídica, que es el débito, de acuerdo con la tesis alemana de la obligación. Además, se puede caucionar y novar, por lo que es imposible pensar que es una obligación moral.

Por estas razones, es evidente que la prescripción extintiva es procesal, pues su principal efecto es extinguir la acción. En la actualidad no se discute que el derecho de acción es procesal. Si bien es cierto que en el siglo XIX se consideraba que la acción y el

derecho sustantivo eran lo mismo, el Derecho Procesal expandió su alcance. En el presente la doctrina mayoritaria comparte que la acción es un derecho procesal, autónomo y abstracto del derecho sustantivo. De esta forma, la prescripción extintiva no puede extinguir a la vez la acción y el derecho de fondo. Únicamente atañe a la parte procesal de la obligación, y, por eso, se defiende como excepción previa en la audiencia preliminar. Cuando el deudor se excepciona con la prescripción lo único que se analiza es si el plazo se ha cumplido. De ninguna manera se entra en detalles de la cuestión de fondo, sobre la cual ni si quiera se han presentado pruebas hasta ese momento.

Ahora, el presente análisis, lejos de plantear un cuestionamiento meramente teórico, goza de gran relevancia para la práctica del Derecho. Como se expresó en un inicio de este trabajo, determinar si la prescripción es sustantiva o adjetiva tiene importantes consecuencias. Cuando un plazo de prescripción se modifica dependerá de si se considera que la prescripción es sustantiva o procesal si el plazo que debe prevalecer es el anterior o el vigente al momento del proceso.

Por un lado, si se piensa que es sustantiva, de conformidad con el artículo 7 numeral 18 del CC, se deberá aplicar el plazo vigente al momento del nacimiento de la obligación por el principio de irretroactividad. Por otro lado, si se entiende que es procesal, de acuerdo con el artículo 7 numeral 21 del CC, se aplicará el plazo vigente al momento del juicio por el principio de aplicación inmediata de la ley procesal. Además, este problema también tiene relevancia en Arbitraje. Si la prescripción es procesal, el plazo que se toma en consideración es el de la ley que rige al proceso, que probablemente será la *lex arbitri*, pero si la prescripción es sustantiva, aplica el plazo de la ley del contrato.

Por todo lo expuesto, el plazo de prescripción que debe regir a todas las controversias que no hayan iniciado al momento de la reforma del Cco, es el nuevo, es decir, 5 años. Con base en las conclusiones, corresponde al legislador y a los organismos de justicia competentes esclarecer la naturaleza de la prescripción extintiva, con el fin de unificar criterios y evitar errores en la práctica jurídica.