

EL ARTICULO 3964 DEL CODIGO CIVIL: PROHIBICION DE LA ACTIVIDAD OFICIOSA DEL JUEZ Y EL IURA NOVIT CURIA

CARLOS ALBERTO PARELLADA
Profesor adjunto de Derecho Civil II.

I. – La norma legal

1. - El art. 3964 dispone: "El juez no puede suplir de oficio la prescripción". El artículo se ubica en el Libro IV "De los derecho reales y personales. Disposiciones comunes", Sección Tercera "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo, Título I "De la prescripción de las cosas y de las acciones en general", siguiendo el método de sistematizar los principios comunes a la prescripción adquisitiva y liberatoria¹.

II. – La nota del Codificador al artículo

2. – La nota a la norma legal cita sus fuentes que fueron el artículo 2223 del Código Francés²; artículo 2129 del napolitano,- 1987 del Holandés y el art. 3429 del Código de Luisiana.

Recuerda también Vélez que Troplong cuestionó la norma que sirvió de fuente a la disposición sobre la base de considerarla tomada del

1 Para una crítica del mismo véase BIBILONI, Juan Antonio, **Anteproyecto de reforma al Cód. Civil. Arg.**, Tº VII (Bs. As., Valesio Abeledo, Lib. Jur. 1832), nota al título XVI **De la prescripción liberatoria**, pág. 5 y sgtes. ENNECERUS-NIPPERDEY coinciden en que no existe una teoría general de la prescripción. **Derecho Civil**. Parte General (Barcelona, Bosch, 1935) trad. de la 39ª Ed. alemana, Tº III, nota al parágrafo 210.

2 Que dice textualmente: "Les juges ne puvent pas supplier d'office le moyen résultant de la prescription",

derecho romano sin que concurrieran las razones que existían en él para adoptarla.

La opinión del Codificador se vierte a continuación en estos términos: "Nosotros contestaremos como uno de los autores del código francés, que el tiempo no sólo no causa la prescripción, que es preciso que con el tiempo concurra una larga inacción del acreedor o una posesión que tenga todos los caracteres que la ley exige. Esta inacción o, esta posesión no pueden ser conocidas y verificadas por los jueces, mientras no sean alegadas y probadas por los interesados. El juez supliendo de oficio la prescripción supliría hechos que debían demostrarse y los jueces no pueden suplirlos de oficio. A más, muchas veces la conciencia puede resistir oponer la prescripción. El que sabe que no ha pagado una deuda, puede no querer oponer la prescripción..."^{2 bis}.

III. – La doctrina francesa sobre la fuente

3. – El pensamiento de Troplong³ era que la imposibilidad de la aplicación de oficio de la prescripción encontraba su razón de ser en el Derecho Romano dada la doble vertiente que reconocía aquél; por un lado, el *ius honorarium* que emanaba del edicto del Pretor, concediendo acciones de las que los ciudadanos disponían durante el año de vigencia de aquél, eran acciones temporales y daban origen a defensas "*exceptionis ope*" que debían ser invocadas por el interesado. Paralelamente el estricto *ius civile* concedía acciones perennes y daba origen a las defensas *ipso iure*, que podían ser aplicadas cuando resultaban acreditadas no obstante el no haber sido expresamente opuestas. Ello obedecía a la necesidad de restringir la obra correctora del *ius honorarium* sobre el *ius civile*, a los efectos de no desnaturalizar al último por completo. Desaparecida la doble vertiente Troplong no hallaba razón para justificar mantener la diferencia en cuanto al modo de oposición de las defensas.

4. – La objeción del primer presidente de la Corte de Casación francesa no tuvieron eco en la doctrina. Guilloaurd⁴ luego de recordar las críticas al artículo 2223 encontraba el fundamento y la explicación de la norma en el disfavor que la opinión pública dispensa a esa defensa, lo que captado por el legislador, llevaba a restringir su operatividad, difiriendo la decisión al interesado.

2bis Recoge la opinión de Bigot-Preameneu que decía la inercia o la posesión eran "circunstancias que no pueden ser conocidas ni supuestas por el Juez sino cuando sean aducidas por quien intente prevalerse de ellas".

3 TROPLONG, *Droit civil expliqué*. De la prescription, Tº XXX (París, Charks Hingray, 1857), pág. 105 y sgtes. Nº 84 y sgtes.

4 GUILLOAUD, L., *Traité de la prescription*, Tº I, (París, Pedone 1900), pág. 274, Nº 300.

5. – Por supuesto que esa opinión no podía conmovir las razones aceptadas por Troplong, que no compartía la contrariedad al derecho natural que se le atribuye a la institución ⁵.

La insistencia se basaba en que su postura suponía que los hechos resultaran acreditados en el juicio, y además que no podía aludirse a la conciencia del deudor cuando su actitud en el proceso ponía en evidencia que se defendía por todos los medios que advertía, pero por error o ignorancia no oponía la prescripción. En tal caso, consideraba injustificado apelar al argumento del prurito moral.

IV. – Opiniones en el derecho comparado

6. – Giorgi explicó que el instituto podía encontrarse en algún caso en contraposición a la moral, por lo que la ley y los principios de justicia dejaban al deudor en libertad frente a su conciencia de aprovecharse o no de la prescripción ⁶. En otra parte de su obra también admite que la inercia pudo ser interrumpida por actos extrajudiciales y el juez –que lo ignora– se expondría a cometer una injusticia ⁷.

7. – El argumento de que se trata de un "medio de defensa que se apoya por completo en los hechos" ha sido aceptado por Pugliese ⁸, quien aduce que los hechos ocurridos desde el nacimiento, pasando por su curso, etc., son los que deben ser alegados, discutidos y probados en el curso del proceso.

8. – En el derecho alemán, la prescripción solo opera como excepción y la doctrina ha apelado para explicarlo a que sería poco decoroso otorgarle la protección ipso iure a quien tiene conciencia de que debe y que el deudor es quien tiene la responsabilidad de elegir valerse de la defensa repudiada socialmente y que no siempre resulta irreprochable moralmente ⁹.

V. – Las opiniones de la doctrina nacional

En nuestra doctrina, Llerena ¹⁰ sólo consideró necesaria la audiencia

5 TROP LONG. op. cit., T° I, pág. 4 N° 2, se pronuncia por la conformidad con el derecho natural del instituto GUILLOAUD, op. cit., T° I, pág. 44, N° 49, manifiesta su acuerdo con la opinión contraria.

6 GIORGI, J., Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, traducción de la 7ª edición italiana, T° VIII (Madrid, Reus, 1913), pág. 434, N° 227.

7 GIORGI, J., op. cit., T° VIII, pág. 483, N° 350.

8 PUGLIESE, Giuseppe, Trattato della prescrizione estintiva, (Turín, 1922), pág. 102, N° 51.

9 ENNECERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carlo, op. cit., T° II, pág. 489, N° 211. VON TUHR, Andreas, Tratado de las obligaciones, trad. de W. Rocas, (Madrid, Ed. Reus, 1934), pág. 190 y Derecho Civil, trad. de Tito Ravá, T° III, Vol. II (Bs. As., Depalma, 1948), pág. 202.

10 LLERENA, Baldomero, Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, T° XI, (Bs. As., Peuser, 1903), pág. 449.

del acreedor. Machado¹¹ en cambio, se ocupó con más detenimiento de la cuestión apoyando la opinión del codificador en la nota en cuanto se trataría de una excepción fundada en hechos, pero creyó también que no mediaba inconveniente para que el juez declarara una prescripción con plazo distinto al alegado si era la aplicable¹².

Sobre la opinión de Machado han vuelto los autores a apoyar sus criterios, reforzándolo con el enraizamiento de la norma en el marco del principio dispositivo como lo hicieran los Dres. Aleonada Aramburu¹³, Acuña Anzorena¹⁴ y Barraquero¹⁵, sin perjuicio de lo cual concluían también por la afirmativa ante la posibilidad de la declaración de aquella prescripción que correspondiera y resultase de los hechos probados.

Salvat no comprometió en forma expresa su opinión, pero ella se encuentra tácitamente expresada en dos pasajes de su obra. En el primero enseña que debe oponerse indicándose cuál es la prescripción que se invoca, y en el segundo dice que el principio de la inoponibilidad de oficio ha sido tan severamente interpretado que los tribunales no estarían habilitados para pronunciar otra que la opuesta¹⁶.

La doctrina civilista moderna se encuentra dividida en cuanto a la cuestión relativa a la declaración de una prescripción de término diverso al invocado; la jurisprudencia —en general— admite la tesis afirmativa. Modernamente Trigo Represas y Cazeaux, sostienen la posición negativa, sobre cuyos argumentos volveremos luego.

Acotemos, no obstante, que sorprende que la doctrina civilista apoye su postura en razones de índole procesal, mientras que los procesalistas se pronuncian por la tesis contraria¹⁷.

11 MACHADO, Olegario. Exposición y comentario del Código Civil Argentino, T° XI (Bs. As., Lajoume, 1903, pág. 69).

12 Ejemplifica con un caso en que se invocara prescripción treintaenal y la aplicable fuese de diez o veinte años. Bastaba para él que se declarara la que resultaba de los hechos probados.

13 ALCONADA ARAMBURU, Carlos. **Prohibición de aplicar de oficio la prescripción liberatoria, sus alcances**, en Rev. J. A., 1951, II - Sec. Doct., pág. 80.

14 ACUÑA ANZORENA, A., **El principio "iura novit curia y su aplicabilidad en materia de prescripción**, en Rev. La Ley, T° 70, pág. 870.

15 BARRAQUERO, Argentino. **Del efecto "ipso iure" de la prescripción liberatoria**, en Rev. J. A., 1952 - I pág. 285 y sgtes., especialmente cap. ni, B° 1.

16 SALVAT, Raymundo M., **Tratado de derecho civil argentino**, 6° Ed., (Bs. As., T.E.A., 1956), act. por E.V. Galli, **Obligaciones en General**, TV m, pág. 652 y 654, Nros. 2287 y 2289. Aunque se ha atribuido al segundo párrafo el sentido de crítica a la jurisprudencia citada, coincidimos con Llambías, que enrola a Salvat en la tesis que considera inaplicable el iura novit curia.

17 La opinión afirmativa cuenta con el apoyo de Llambías (**Tratado de derecho civil, Obligaciones**, T° III (Bs. As., Perrot, 1975), pág. 474 y sgtes., N° 2122; ARGANARAZ, H. J., **La prescripción extintiva**. (Bs. As., T.E.A., 1966), pág. 19-20, N° 11; SPOTA, A. G., **Tratado de derecho civil**, TV 1, vol. 3-8-10, (Bs. As., Depalma, 1959), pág. 153-04, N° 2172, ter.; COLMO, Alfredo, **De las obligaciones en general**, (Bs. As., Abeledo Perrot, 1961), pág. 623, N° 913 y la jurisprudencia mayoritaria. Entre los procesalistas: SENTIS MELENDO, Santiago, **El Juez y el derecho**, (Bs. As., E.J.E.A., 1957), pág. 91 y sgtes. N° 21; PEYRANO, Jorge Walter, **El proceso civil. Principios y fundamentos**, (Bs. As., Astrea, 1978, pág. 101).

VI. - Una de las paradojas del instituto

9. - Nos resulta paradójico que una institución a la cual se le atribuye corrientemente el carácter de orden público¹⁸, haya sido elevada a tal categoría pese a haber sido vista con tan malos ojos y juzgada tan duramente¹⁹. El principio, sería que se reaccione contra ella y no que se la eleve al standard jurídico del orden público —que está en un pie de igualdad con las buenas costumbres— enervando la autonomía de la voluntad.

Pero la paradoja aparece más contrastante cuando se dispone la prohibición de deferir juramento al demandado y se concede acción para solicitar la declaración de prescripción.

La contradicción parece ser irreductible, pues sólo puede pretenderse en justicia sobre la base de un interés legítimo, que no puede constituirse sobre una conducta inmoral o contraria a las buenas costumbres.

Quizás haya que replantear ambos términos de la aparente paradoja, y reexaminar las bases sobre las cuales fueron enunciados, para descubrir que no siempre designamos con precisión el objeto que pretendemos evocar, se trata por cierto de un esfuerzo de mayor aliento, en el que continuamos trabajando, pero que creemos necesario que ya quede planteado como inquietud²⁰.

-
- 18 SPOTA, Alberto G., Tratado de derecho civil, Tº X, Vol. 3, 8-10, (Bs. As., Depalma, 1959), pág. 52-53, Nº 2161; DE GASPERI, Luis, MORELLO, A. M., Tratado de derecho civil, Tº III, (Bs. As., T.E.A., 1964), pág. 391-392; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, LIVELLARA, C.A., La prescripción de los salarios durante la suspensión preventiva del contrato de trabajo, En Rev. J. A., 1977 - IV, pág. 187, cap. V, par. 2; BARRAQUERO, A. G., Del efecto "ipso iure" de la prescripción liberatoria, en Rev. J. A., 1952 - cap. III, ap. 2º - B, pág. 285.
- 19 Véase al respecto HEINE, De Pálemagne, Tº II, pág. 316, cit. por GIORGI, J., op. cit. y su nota Nº 3 donde más que una crítica basada en el riesgo del compromiso moral del beneficiario, se dirige una crítica a la institución en sí.
- 20 En la doctrina sólo hemos advertido la postura discrepante del Dr. Augusto C. Belluscio que en sus Nociones de derecho de familia, Tº I, (Bs. As., Omeba, 1971), pág. 47 al distinguir la caducidad de la prescripción sostiene que la primera está establecida por razones de orden público, en tanto la prescripción lo está en interés de los particulares. Sin embargo, el mismo autor no ha insistido en su opinión en Derecho de familia, Tº I (Bs. As., Depalma, 1974), pág. 106 y sgtes., en la prescripción el interés social por la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas". Las bases sobre las cuales estimamos que es profundizable el tema podrían encontrarse en la compatibilización de la opinión de los estudiosos de derecho civil y el Derecho Internacional Privado, (ver MOMIGLIANO, Walter, La prescripción liberatoria en el derecho internacional privado, en Rev. La Ley, Tº 14, pág. 403, etc.), y la idea del Dr. Barraquero en el sentido de algunas normas tienden a morigerar el carácter de orden público de la prescripción (del efecto, cit. en Rev. J. A., Tº 1952 - I, pág. 285 y sgtes.). La postura no ha sido desconocida por la doctrina francesa pues Planiol et Ripert enseñaban que "la prescripción no es, en términos absolutos, de orden público". Tratado práctico de derecho civil francés, trad. de Mario Diez Picaso, (Habana Cultural S.A., 1945). La prescripción en el Código Civil, (Barcelona, Bosch, 1934, pág. 62), ha destacado que "si bien que en la prescripción existe una razón de utilidad social y de paz jurídica, esta razón se realiza mediante la tutela de un interés que es exclusivamente privado el interés del sujeto pasivo del derecho o de la acción" para afirmar luego que el instituto es una clara expresión del "favor debitoris".

VII. - El art. 3964 y el iura novit curia

10.- En forma estrechamente ligada a la posibilidad de su alegación oficiosa se ha presentado el problema –que diera lugar a discrepancias – acerca de si alegada por el demandado una prescripción determinada el juez podría, en uso de las facultades que otorga el iura novit curia, declarar otra que se produzca por un término diferente al invocado.

11.- Tesis afirmativa: los argumentos expuestos por los autores que concluyen en que no media inconveniente en hacerlo, pueden sintetizarse en la siguiente forma:

- a) Si el art. 3964 se apoya en la consideración del prurito moral del demandado que puede no querer alegarla, invocada una prescripción no puede sostenerse que el reparo exista en la conciencia de aquél, por lo cual habría razón para no declarar la que el juez considere aplicable.
- b) El art. 3964 se basaría en el principio dispositivo, e importaría una limitación al orden público que domina la institución, que inmediatamente que se manifiesta la voluntad del accionado vuelve a recobrar plena vigencia.
- c) La invocación del hecho –y hecho y no otra cosa es la prescripción– hace inaplicable la norma del art. 3964 y devuelve al juez todos sus poderes y deberes normales ²¹.
- d) "El juez rectifica, no los hechos que ocurrieron, es decir, la inacción del titular del derecho no ejercido y el plazo que perduró tal inacción, sino la invocación de la regla aplicable" ²².
- e) La causa petendi no se innova si el Juez aplica la norma que corresponde a los hechos subsumidos en ésta, tal como han ocurrido esos hechos ²³.

21 ACUÑA ANZORENA, Arturo, El principio "iura novit curia" y su aplicabilidad en materia de prescripción en La Ley, Tº 70, pág. 870, especialmente pág. 872.

22 SPOTA, A. G., Tratado..., op. cit., Tº I, Vol. 3-8-10, pág. 162-3.

23 SPOTA, A. G., op. cit., lug. cit., pág. 163.

12. – Tesis intermedia: El Dr. Menvielle en su voto, como miembro de la Cámara 2º Civil y Comercial de La Plata, si bien adhirió a la tesis afirmativa, introdujo una limitación, que podría interpretarse como una postura intermedia. El camarista más que aludir a la cuestión sobre la base del iura novit curia, cuya aplicabilidad en la materia aceptaba, la relacionó con la posibilidad de renuncia de la prescripción ya corrida.

Sostuvo así que: "no hay dificultades cuando la parte interpone una prescripción más larga que la que realmente cuadra, ya que el juez debe aplicar esta última no sólo por lo que queda dicho, sino por hallarse comprendida en la opuesta. Si al contrario, se invoca una menor que la que autoriza a articular, corresponde aplicar la prescripción que el interesado alega interpretando que es su voluntad renunciar a su derecho en lo demás"²⁴.

13. – Tesis negativa: La opinión de otra doctrina ha sido de que invocada por el interesado una prescripción que se cumple en determinado término, el juez sólo debe pronunciarse sobre su procedencia o no, pero no puede sustituirla por otra de diverso plazo. Sus argumentos son:

- a) Que existirían ciertas prescripciones fundadas en la presunción de pago, y es posible que el deudor quisiera oponer sólo éstas y no las que encuentran su fundamento en el perdón implícito o el descuido del acreedor²⁵.
- b) Es notorio que afecta la defensa en juicio, pues el litigante al que se le opone la prescripción no está obligado a organizar su defensa más que con respecto a la que se ha opuesto. De lo contrario el litigante tiene que justificar que no se ha producido ninguna prescripción, o sea, defenderse de todas las que, podrían alegarse²⁶.
- c) Al poder invocarse la prescripción en cualquier estado del proceso – como ocurría antes de la reforma al art. 3962 por la ley 17.711– resulta posible que se rechace una prescripción opuesta, y en segunda instancia se alegue otra²⁷.

24 Voto del Dr. Menvielle, en La Ley, Tº 70, pág. 220.

25 GALLI, Enrique V., en sus anotaciones a Salvat, Raymundo M., **Tratado de derecho civil argentino**, Tº III, (Bs. As., TEA., 1956). Obligaciones en general, pág. 655, Nº 2289. Coincide BORDA, Guillermo A., **Tratado de derecho civil. Obligaciones**, 4º ed. **actualizada**, Tº II, (Bs. As., Perrot, 1976), pág. 101, Nº 1147.

26 GALLI, E. V., op. cit., Tº III, pág. 655-656, Nº 2289 D.

27 GALLI, E. V., op. cit., Tº III, pág. 656-657, Nº 2289 E.

- d) La prescripción es una defensa de hecho, y da lugar a una cuestión de hecho, ajena por tanto al principio del *iura novit curia* ²⁸.
- e) La postura afirmativa implica la invocación de oficio de la prescripción declarada ²⁹.

14.— En la jurisprudencia actualmente predomina el criterio de que el principio *iura novit curia* es aplicable y que opuesta por el interesado una prescripción no existe inconveniente —dado que el juez conoce el derecho— en que se declare otra, en la convicción de que ha existido un error en la cita legal ³⁰.

Sin embargo, existen antecedentes en los cuales se ha consagrado la opinión de que opuesta por el interesado una prescripción el juez no tenía más que resolver si ella era procedente o no y, en ese caso, rechazarla sin examinar si resultaba cumplida otra ³¹.

Este fue el sentido del voto del Dr. Ibáñez Frocham ³² como miembro de la Cámara 2^o Civ. y Com. Sala II de La Plata.

15.— Por otra parte, Galli ³³ relata que la sección de Derecho Civil del Instituto de Estudios Legislativos, aprobó un agregado al art. 307 del Proyecto de Código Civil de 1936 prescribiendo que el juez no podría pronunciarse sobre una prescripción distinta de la opuesta por la parte.

16.— El análisis de los argumentos expuestos por las distintas posturas frente al problema resulta interesante.

El primer argumento que apoya la tesis afirmativa (que la invocación de la prescripción haría desaparecer el supuesto que sustenta el art. 3964) es muy débil, y así lo han reconocido los mismos adherentes a la

28 SALAS, Acdeel E., La prescripción y el adagio “*iura novit curia*”, en Rev. J. A., T^o 1955 - III, pág. 316. Coinciden BORDA, Guillermo A., op. cit., lug. cit.; TRIGO REPRESAS, F. A., CAZEAUX, P. N., “Derecho de las Obligaciones”, 2^o ed., T^o III (La Plata, Lib. Ed. Platense, 1957), pág. 617.

29 PLANIOL et RIPERT, op. cit., T^o VIII, pág. 722, N^o 1382. C. Paz Letrada en Rev. Gaceta de Paz, T^o 50, pág. 25, cit. por Galli.

30 C. Nac. Civ. Sala A. en Rev. La Ley, pág. 22, con nota del Dr. Eduardo Angel RUSSO, si bien éste aprueba la resolución del fallo cabe destacar que cita un pronunciamiento que el autor estima rector del problema y que llevaría a una postura contraria. En el caso lo decisivo parece haber sido el no permitir la retención del dinero mal habido; Idem Sala B. en Rev. La Ley, T^o 126, pág. 152; idem Sala D. en Rev. La Ley, T^o 124, pág. 458; idem Sala E. en Rev. J. A., T^o 1964 V, pág. 395; C. Nac. Ped. Sala Cont. Adm. en Rev. E. D., T^o 11, pág. 326.

31 Cám. Civ. 2^o Cap. en La Ley T^o 12, pág. 750, ver L. L., T^o 22, pág. 206, C. 1^o, C. C. Cap. L. L., T^o 5, pág. 260 exigió que se especificara. C. Civ. 1^o Cap. Rev. J. A., T^o 12 III, pág. 319, Cám. Paz Let. Sala I, en Rep. La Ley V. Voz Prescripción. Sum. 34.

32 El fallo puede verse en La Ley, T^o 70. N^o de pág. 220.

33 GALLI, E. V., op. cit., III, pág. 656, en nota de pie de pág. N^o 550 J.

tesis, quienes han tratado de buscar elementos que avalasen la disposición con mayor fuerza de convicción.

Tampoco parece aceptable la razón del interés del orden público en la institución; en primer lugar porque eso habría que demostrarlo, dado que no aparece como absoluto pues si éste ha cedido lo más que es el poder dispositivo, no sería de toda necesidad que negara lo menos, que es la correcta alegación de la prescripción correspondiente.

17. – Veamos los demás: Acuña Anzorena ha sostenido enfáticamente que la alegación de la prescripción importa la de un hecho y como tal sobre él recobraría el juez la facultad de un encuadre jurídico.

La primera parte de su afirmación es incontrastable y forma la esencia de la postura contraria, pues que la prescripción es un hecho, conlleva a que si bien debe recibir su calificación jurídica del juez, debe – también– haber sido invocado por las partes, probado por la invocante, negado y contraprobado por aquella frente a la cual se ha afirmado.

Menos aún contribuye a sostener la tesis la argumentación de que no es que el juez rectifique los hechos –la inacción en sí, ha ocurrido – sino que se limita a declarar el efecto jurídico de ella. El juez nunca puede rectificar hechos, pues estos ocurrieron el plano del ser y son históricos para el magistrado, pero lo que sí seguro que puede es carecer de la información completa por no habérsela allegado las partes, y entonces si bien no los modifica ni rectifica, declara efectos jurídicos que no correspondería declarar si su información reuniera el carácter de integral de que carece.

18. – Antes de continuar en el análisis de las razones que apoyan los criterios expuestos, se impone una digresión sobre el alcance del principio del *iura novit curia*.

VIII. – El principio *iura novit curia*

19. – El adagio es una manifestación del principio procesal de autoridad, que, abriendo una brecha en el principio dispositivo, deja fuera de éste lo que está dentro de aquél; así, la invocación de los hechos la abarca el principio dispositivo de las partes, pero la aplicación recta del derecho queda a cubierto del principio de autoridad, de manera tal que el magistrado queda ligado por los hechos alegados y probados pero libre para el encuadramiento normativo de ellos al no obligarlo las alegaciones de derecho que los litigantes formulan.

En base a esa facultad-deber los jueces califican las acciones con

arreglo a los hechos expuestos, pudiendo reparar el error en que hubiera incurrido el pretensor al calificarlos jurídicamente³⁴.

En tal sentido, se han pronunciado los tribunales del país y así han declarado que "con prescindencia de lo que opinen las partes el juez debe analizar y determinar los efectos de los actos cuya existencia se invoca"³⁵ y que "esa facultad propia de los jueces deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdicción"³⁶. Se ha resuelto, asimismo, que "la decisión de la causa por razones de derecho que las partes han invocado o lo han hecho tardíamente, constituye tan sólo el ejercicio de suplir al derecho y no importa arbitrariedad ni violación de la defensa en juicio"³⁷.

20. – Ahora bien, precisando el concepto de "que el juez conoce el derecho" se señala que si bien el aforismo "autoriza a calificar la acción interpuesta si lo fue erróneamente, pero no a cambiarla"³⁸ o como se ha declarado también: "tal facultad reconoce como fuente de limitación la norma establecida; los jueces no pueden convertir una acción en otra distinta, que ni virtualmente ha sido invocada por las partes"³⁹. Por eso adquiere fundamental importancia el problema de la individualización de la acción, que fuera estudiado por el maestro Chiovenda, cuyas conclusiones aceptan nuestros tribunales⁴⁰.

El objeto de la acción –enseña Chiovenda– "es el efecto a que tiende el poder de obrar, lo que se pide"; en tanto la causa eficiente, (es) un interés que es el fundamento de que la acción corresponda y que ordinariamente se desarrolla a su vez en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo"⁴¹.

En ese estado de hecho, que no siempre es contrario al derecho –a

34 SENTIS MELENDO, Santiago, El juez y el derecho iura novit curia, (Bs. As., E. J. E. A., 1957, pág. 83 y la jurisprudencia que cita en nota 79; C. Nac. Civ. Sala A en Rev. J. A., T° 20, 1973 síntesis; C. Nac. Con. Sala D en Rev. J. A., T° 21, 1974, síntesis. C. Nac. Civ. Sala C. en Rev. J. A., T° 23, 1974, síntesis. C. Nac. Civ. Sala F. en Rev. J. A., T° 23, 1974, pág. 263. C. Nac. Civ. Sala E. en Rev. J. A., T° 28, 1975, pág. 141.

35 C. S. N., en La Ley diario del 24-1-78, N° 75.308; C.S.N. en La Ley diario del 26-IX-77, N° 14.817; C.S.N. en E.D. diario del 18-VIII-77, pág. 6 N° 29.611.

36 C.S.N. en el último fallo citado en nota anterior.

37 C. Nac. Civ., Sala E. en J. A., T° 28, 1975, pág. 141. C. Fed. Mza., en J. A., T° 22, pág. 795. Sobre las citas de derecho tardías, véase interesante nota del Dr. Enrique Díaz de Guijarro, La **litis contestación** y la **invocación** de los preceptos legales, en J. A., T° 50, pág. 703.

38 C. Nac. Civ. Sala F. en J. A., T° 13, 1974, pág. 263.

39 C. Nac. Civ. Sala B. en J. A., T° ... 1977 - I, pág. 242, Conf. SENTIS MELENDO S., op. cit., pág. 78 y nota N° 71.

40 SENTIS MELENDO, Santiago, op. cit., pág. 78 y sgtes.

41 CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, trad. de José Casais y Santaló, T° I, (Madrid Reus, 1922), pág. 78.

veces sólo es un hecho jurídico productor de efectos jurídicos— es donde se puede individualizar la acción, por ello enseña el maestro italiano que se individualiza por el hecho ⁴², doctrina que comparten nuestros autores ⁴³.

21. — Ubicados los principios que consideramos en juego, volvamos con ellos sobre el tema que nos ocupa. Partimos de la base que lo dicho para la acción es válido para la excepción, en cuanto entre ambas existe un paralelismo ⁴⁴ o una homogeneidad ⁴⁵ que así lo autoriza.

La excepción de prescripción tiene por objeto que se declare que se ha extinguido la acción o perdido el derecho —según la naturaleza que se le atribuya al instituto —y por causa del derecho y un estado de hecho. El derecho emerge de una norma que establece que transcurrido cierto tiempo se prescribe la acción tal o cual. Nos preocupa cuál es el estado de hecho sobre el cual se apoya la solicitud del excepcionante de que la ley actúe en su favor. Creemos que el plazo, el término legal que opera como extintivo unido y cuantificando la inactividad es un elemento de ese estado de hecho que constituye el presupuesto de actuación de la norma. En ese elemento temporal están inmersos los demás hechos que forman el sustrato fáctico de la prescripción.

La causa petendi de la prescripción no la constituye una inactividad cualquiera, sino una inactividad cuantificada. La medida de esa inactividad viene de la norma, pero no se confunde en ella, en la que aparece como presupuesto de hecho para operar el efecto extintivo.

Cuando el litigante excepciona de prescripción invoca, afirma un hecho: el acreedor ha permanecido inactivo durante cierto lapso temporal. Y esa cantidad de tiempo es factum, es un dato que proviene del campo del ser y que cuantifica, mide a la inactividad.

Si el juez opina que el acreedor ha estado inactivo por un año y la parte invocó una actividad que se extiende a seis meses o a dos años, no podemos decir que el magistrado ha declarado el derecho pertinente: él ha introducido un hecho que las partes no han invocado.

Las dos vertientes a que se refiere el iura novit curia —derecho objetivo y subjetivo— ⁴⁶ no nos conducen a soluciones distintas a la que

42 CHIOVENDA, Instituciones de derecho procesal civil, trad. de Gómez Orbaneja, Tº I, (Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1948), pág. 380.

43 JOFRE, Tomás, Manual de procedimientos civil y penal, Tº I, (Bs. As., La Ley, 1911), pág. 191 y su anotador límite de la facultad de iura novit curia. PODETTI, J. A., Código de procedimientos, Tº I (Bs. As., La Facultad, 1936), pág. 176.

44 COUTURE, Eduardo J., Fundamentos de derecho procesal civil, (Bs. As., Depalma, 1976), pág. 90-91 y sgtes., N° 55.

45 SENTIS MELENDO, S., Teoría y práctica del proceso, Tº I, (Bs. As., E. J. E. A., 1959), pág. 40.

46 SENTIS MELENDO, S., op. cit., pág. 20-37, N° 5.

sostenemos, pues si bien a primera vista parecería que invocado por la parte el derecho subjetivo a la liberación adquirido por prescripción correspondería al juez encuadrar la fuente objetiva de aquél, se advierte inmediatamente que allí entra a jugar la limitación del principio en cuanto éste ostenta vocación aplicativa mientras los hechos hayan sido alegados y probados y hayan podido ser negados y contraprobados.

Que el deudor tenía derecho subjetivo a la liberación y que el juez podía declararlo, sólo es cierto en cuanto ese derecho subjetivo no naciera de hechos que no han sido afirmados por el excepcionante, pues ante lo que no ha sido invocado se rinde el adagio.

22. – El Dr. Spota ha sostenido que "la causa de pedir por parte de quien opone la prescripción es un hecho extintivo: no el que piensa, equivocadamente, quien la invoca, sino el que aprehende el ordenamiento legal, como factum de la norma que debe aplicarse a la cuestión debatida"⁴⁷.

Apuntemos, ante todo, la coincidencia con el afamado maestro en que es "factum de la norma" si así quiere llamársele al presupuesto de hecho. Mas si ello es cierto el dato de su ser-existir ha de venir de la pueda y esta supone la invocación. Quizás la evidencia del transcurso de tiempo haga desvanecer los reparos que tenemos para con el resto de los hechos –que no son notorios– pero pronto advertiremos que el hecho- tiempo es aprehendido por la norma en cuanto haya transcurrido sin causal interruptiva ni suspensiva y que esa habilidad del tiempo para operar la extinción necesita también de la invocación y prueba, y por virtud del principio de contradicción, de su negación y contraprueba.

Los demás hechos extintivos tampoco son suplidos de oficio aún cuando hayan sido aprehendidos por el ordenamiento, y su alegación y prueba corresponde a las partes en el proceso, lo que ocurre es que pareciera que el elemento tiempo del hecho inactividad temporal resulta innecesario probarlo. Bien ha señalado el Dr. Salas⁴⁸ que la circunstancia de que la inactividad fuera un hecho negativo lleva a confusión.

La alternativa es inequívoca si es hecho debe ser invocado, si es derecho, puede ser suplido.

23. – Es sabido que el principio dispositivo conoce dos manifestaciones principales; la primera en su faz sustancial "alude a la plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación ma-

47 Aut. cit., Tratado..., cit., Tº I, vol. 3-8-10, pág. 162. Conf. Llambías, J. J., op. cit., pág. 476, nota N° 410.

48 SALAS, Acdeel E., op. cit., en Rev. J. A., 1955 - III, pág. 319.

terial"⁴⁹, y consiste en que es la parte la que dispone si ha de solicitar la tutela jurisdiccional o no, lo cual se expresa mediante el ejercicio de la acción o la deducción de la excepción.

Aquí no hay duda que el art. 3964 encuentra su razón y fundamento: el derecho a la liberación por prescripción es un derecho dispositivo. Por otro lado, el principio en su manifestación formal, se concreta "en una serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal"⁵⁰ que consiste en la invocación de los hechos y aporte de las pruebas, así como la facultad de hacer uso de los medios extintivos del proceso.

Como consecuencia de esta última faz del principio al juez le está vedado verificar la existencia de hechos no invocados por las partes⁵¹ lo cual garantiza el principio de congruencia, ya que "el juez debe aplicar la norma que sea aplicable al caso sub índice, pero siempre enmarcado en las situaciones presentadas por las partes"⁵².

24. – Por aplicación de tales principios se ha resuelto que "en el ejercicio de tal facultad –se refiere a la comprendida en el iura novit curia– en tanto se respeten los presupuestos de hecho en que se fundó el juicio, no se lesiona la garantía de la defensa"⁵³ y que "el juez es soberano en la apreciación y aplicación del derecho, siempre que no caiga en lo arbitrario, no altere la relación procesal, o no cambie los hechos constitutivos de la demanda o la causa petendi que la fundamenta"⁵⁴.

25. – No se trata aquí de una concepción deportista –como la califica Spota–⁵⁵ del proceso como lucha judicial, sino de la garantía constitucional de la defensa en juicio, sobre la cual se asienta el sistema republicano y democrático a que aspira nuestra Constitución Nacional. Tampoco puede aseverarse que cuando hay hechos sobre los cuales no se ha garantido la aplicación del principio de contradicción haya brillado la verdad material, puesto que sólo aquél asegura que estamos ante esta última.

49 PEYRANO, Jorge. El proceso civil. Principios y fundamentos, (Bs. As., Ed. Astrea. 1978), pág. 54.

50 PERANO, Jorge, op. cit., pág. 55.

51 PALACIO, Lino E., Manual de derecho procesal civil, (Bs. As., Abeledo Perrot, 1968, 2º ed. actualizada) con la colaboración de María Luisa Anastasi de Walger, Tº I, pág. 73-76, Nº 26, apartado e). Conf. Díaz Clemente A., Instituciones de derecho procesal. Parte general, (Bs. As., Abeledo Perrot, 1968), Tº I, pág. 343.

52 LOUTAYF, RANEA, Roberto G., Principio dispositivo, (Rev. de Estudios Procesales Nº 12), pág. 59, citado por PEYRANO, op. cit., pág. 101, nota Nº 79.

53 C.S.N. en Rev. Jurisprudencia Argentina, Tº 15, 1972, pág. 257, Sum. Nº 180.

54 C. Nac. Paz Sala 6º en Rev. J. A., Tº 15, 1972, pág. 527. Sum. Nº 181.

55 Aut. op. cit., y lug. cit. pág. 160.

26. – Quienes adhieren a la postura amplia en materia de la aplicación del principio *iura novit curia* menosprecian la vigencia de la carga de la afirmación, que fuera calificada por Sentís Melendo⁵⁶ como la más importante de las cargas del proceso. Ella es la que determina la carga del demandado de negar los hechos expuestos, y correlativamente, la de probar sobre esas afirmaciones y negaciones.

La buena fe y la lealtad procesal amparan la situación del actor que debe enfrentar hechos que no han sido invocados. Quizás haya causales de interrupción o suspensión que no alegó por ser innecesario, por el respeto –que aún hoy algunos mantienen– ante tribunales recargados de labores.

Salas ha demostrado en forma incontrastable los riesgos de la aplicación del criterio afirmativo⁵⁷ demostrando que la invocación por el juez de un plazo inferior o superior al alegado por las partes, conduce a la indefensión de aquellas.

27. – El problema no radica en el derecho aplicable, sino en los hechos alegados, por ello estamos en una materia ajena a la que determina la aplicabilidad del adagio *iura novit curia*. El nudo gordiano de la cuestión se establece en el marco del principio procesal de congruencia respecto al material fáctico propuesto por las partes.

Adviértase que no aludimos sólo al plazo de prescripción invocado por el excepcionante, sino, por ambos litigantes, puesto que si el accionante invoca como aplicable un plazo de prescripción distinto –o sea, si sólo indica una cuestión de derecho –, el plazo invocado es de dos y él dice que es de diez deberá probar –si hiciera falta– que los diez años no han transcurrido. Aquí sí se presenta a decisión una cuestión de derecho –si la acción instaurada tiene establecido por la norma un plazo extintivo de dos o diez años– los deberes procesales de buena fe y lealtad compelerán al actor a probar que no han transcurrido válidamente los diez años, pues antes del décimo interrumpió o estuvo suspendido el plazo.

Lo que el juez tiene vedado en tal caso es aplicar la prescripción quinquenal, sobre la cual no ha habido debate, ni obligación de probar otros hechos interruptivos o suspensivos. Lo contrario, lleva al accionante a soportar la carga de desvirtuar lo inesperado, pues no hay razón para

56 Aut. cit., Estudios de derecho procesal, Tº I, (Bs. As., E.J.E.A., 1967), pág. 173 en la nota Nº 65 dice el autor: “La carga de la prueba sólo puede cumplirse de una manera eficaz y técnicamente correcta siempre que con igual corrección se haya dado el cumplimiento de la afirmación”.

57 Véanse los ejemplos del autor citado en su trabajo en Rev. J. A., 1955 - III, pág. 318 y 319, Nº 4.

preferir que se supla el error de derecho del excepcionante, pero no tolerar el del demandante⁵⁸.

La cuestión del riesgo de la indefensión a que conduce la aplicación extensiva del iura novit curia no es nueva y por ello desde antiguo se previene la necesidad del uso prudente de la facultad y la exigencia de su correlación con el de congruencia peligro que el mismo Peyrano señala: "cuando las partes han armado su estrategia sobre la base de normas que, a la postre, resulten inaplicables"⁵⁹.

28. – El principio de congruencia es "la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por su aspecto fáctico cuando el juez resuelve una cuestión que no ha sido planteada". Eso precisamente ocurre si el juez declara una prescripción sobre la base de dar por acreditada una inactividad del acreedor que habría durado un término distinto a los invocados por las partes.

VII. – Conclusiones

29. Síntesis.

- a) El art. 3964 es una consecuencia del principio procesal dispositivo en su faz material.
- b) El plazo de prescripción es un presupuesto de hecho de la norma que señala el efecto extintivo.
- c) Como tal requiere ser invocado y ofrecerse a la contraria la oportunidad de desvirtuarlo probatoriamente.
- d) El Juez no puede declarar un término de prescripción distinto del invocado por las partes. Proceder de tal manera implica la violación del principio de congruencia en cuanto al material fáctico del debate y la modificación del estado de hecho que sirve de causa petendi de la excepción.
- e) El principio iura novit curia es ajeno a esta cuestión en tanto, él sólo juega en materia de derecho aplicable a hechos invocados, y la declaración de una prescripción distinta implicaría un cambio en la excepción opuesta.
- f) Cuando se controvierte cuál es el término de la prescripción aplicable la cuestión es de derecho y el juez podrá declarar la correcta entre las invocadas por las partes, pero no una tercera. Al excepcionado corresponderá la desvirtuación de que se haya producido tanto la invocada por el excepcionante como la que él considera correcta.

58 Aut. cit., op. cit., pág. 99-100.

59 PEYRANO, J. W., op. cit., pág. 64.