

da judicial; luego la prescripción estuvo interrumpida. (1)

Hay alguna duda; al menos hubo contestación acerca del punto de saber si la prescripción se interrumpía por la producción que un tercero hiciera de su título en el orden de un inmueble vendido por expropiación forzada contra su deudor. Merlin dijo que la afirmativa no era dudosa. Desde luego invoca la tradición; las formas han cambiado, es verdad, pero los principios han quedado iguales. En el derecho antiguo *la oposición al acta de remate* era lo que hoy llamamos *acta de producto*, y la oposición interrumpía la prescripción; debe ser lo mismo con el acta de producto. Es verdad que el art. 2244 exigía una cita judicial, pero se debe ver lo que la ley entiende por eso. Y el espíritu de la ley, dice Merlin, es, evidentemente, que la prescripción esté interrumpida por una demanda judicial. ¿Y no es una demanda judicial la que formula con el fin de colocar su crédito el acreedor que produce en una orden? Esa demanda no sólo se dirige contra los demás acreedores que pretenden la distribución sino contra el deudor mismo, el que es esencialmente parte en la instancia. Si no hay cita hay demanda judicial, y eso basta. (2) La jurisprudencia está en ese sentido. (3)

94. Para que la cita judicial interrumpa la prescripción se necesita que sea válida en la forma. El art. 2247 dice que la demanda es nula por falta de forma mirándose la interrupción como no ocurrida. Bigot-Prémeneu dió un motivo perentorio bajo el punto de vista del rigor del derecho. «Cuando las formalidades exigidas para que el poseedor (ó el deudor) sean válidamente demandados no han sido llenados realmente no hay cita y no puede resultar

1 Casación, 19 de Julio de 1841 (Daloz, en la palabra Prescripción, número 479, 4.º)

2 Merlin, Cuestiones de derecho, en la palabra Interrupción de la prescripción, pfo. 2, núm. 1.

3 Grenoble, 2 de Junio de 1831 (Daloz, en la palabra Prescripción, número 479, 4.º) Bruselas, 18 de Junio de 1834 (Pasicrisia, 1834, 2, 146).

del instructivo de notificación ningún efecto.» Esta es la aplicación del antiguo adagio de que el acta nula está considerada como no haber existido nunca; pero se debe agregar que no siendo nulas las actas de derecho plano la prescripción se considerará interrumpida hasta que la cita sea anulada. (1)

¿Cuándo es nula en la forma la demanda? El Código de Procedimientos contesta á la pregunta (arts. 61 y siguientes). No entramos en detalles; basta observar que las nulidades de instructivo ó de actas de procedimientos están cubiertas si no fueran propuestas antes de cualquiera prohibición ó excepción distinta de las excepciones de incompetencia (Código de Procedimientos, art. 173).

95. Se pregunta si el preliminar de conciliación es una forma cuya misión arrastre la nulidad de la cita judicial. Vamos hablar del asunto por estar controvertido. (2) En nuestro concepto está decidido por el Código de Procedimientos en su art. 65, que dice: Se dará con el instructivo copia del proceso verbal de *no conciliación* ó de la mención de *no comparecencia*, bajo pena de nulidad.» Se objeta que el art. 65 supone que el preliminar de conciliación tuvo lugar, pero la ley no dice que la demanda es nula cuando el intento no se verificó; todo lo que resulta es que la demanda no es admisible; es decir, que en ese caso el tribunal es competente, y una demanda hecha ante un tribunal incompetente interrumpe la prescripción. Se contesta, y la respuesta nos parece decisiva, que el juez que conoce sin el preliminar de conciliación no es incompetente, pues él es quien debe conocer de la demanda, pero sólo después de la prueba de conciliación. El art. 2246 debe, pues, separarse. Queda por saber si la cita es nula; si lo es por la simple falta de mención del preliminar de conciliación eso prueba

1 Aubry y Rau, t. II, p. 343, pfo. 215.

2 Marcadé, t. VIII, p. 142, núm. 9 del art. 2248. Moulón, Repeticiones, tomo III, p. 777, núm. 1385.

que ese preliminar es una condición esencial requerida por la ley para la validez de la demanda; hé aquí por qué el juez no puede recibir la demanda (Código de Procedimientos, art. 48); y una demanda que no se puede recibir no tiene ningún efecto. Sería extraño, más claro, absurdo que la falta de mención del preliminar de conciliación impidiera la prescripción, mientras que no la impediría la falta del preliminar. (1)

96. La autorización de que tiene necesidad el demandante para introducir su demanda ¿es una forma cuya falta de observancia arrastra la nulidad de la demanda? Tal es la autorización que la mujer casada debe tener para promover en justicia. En principio la autorización no es una forma de una acta, es una condición ó una garantía exigida en interés de los incapaces para cubrir su incapacidad. La autorización marital especialmente es un consentimiento, una aprobación que el marido hace del acta que la mujer se propone hacer; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen la incapacidad de la mujer casada; si la mujer promueve sin autorización el acta es nula, pero la nulidad es relativa; sólo la puede pedir la mujer por causa de incapacidad y el marido porque se ha desconocido su autoridad. Esta es una cuestión de orden público y no de formas. La tradición y la doctrina moderna están en ese sentido. (2)

97. La jurisprudencia no es un vicio de forma. En los términos del art. 2246 la cita judicial hecha ante un juez incompetente interrumpe la prescripción. ¿Cuál es la razón? Es difícil decirlo. De aquí las controversias que no tocan más que á la teoría y que, sin embargo, se deben zanjar. Se lee en la Exposición de los Motivos: «La antigua usanza de Francia, contraria á la ley romana, era que una ac-

1 Leroux de Breña, t. I, p. 345, núm. 485 y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. II, p. 348, nota 10, pfo. 215.

2 Vazeille, t. I, núms. 195-197. Leroux de Breña, t. I, p. 347, núm. 487.

ción escrita interrumpía la prescripción aunque se hubiera intentado ante un juez incompetente; esa costumbre, más conforme con el sostenimiento del derecho de propiedad, fué conservada.» El argumento prueba mucho; si en caso de incompetencia el legislador se pronuncia por el propietario contra el que prescribe ¿por qué no en caso de vicio de forma? Los autores alegan otras razones. Durantón dice que probablemente se pensó que los asuntos de competencia ofrecían graves dificultades; en más de un caso sería muy duro hacer al demandante víctima de su error. (1) ¿No es más duro hacerlo víctima del error cometido por el oficial ministerial que redactó el instructivo? Sin duda el diligenciarario sería responsable si por su falta causó en perjuicio al demandante, pero puede ser tan grande que la responsabilidad se haga ineficaz. Si el error más ó menos excusable del demandante no impide al acta irregular interrumpir la prescripción la nulidad del acta se debería considerar como una excusa tanto como la incompetencia. Reivindico un inmueble y llevo la acción ante el Tribunal de Comercio; hé aquí un error notable y que no merece ningún favor; sin embargo, la prescripción se interrumpirá porque la ley no distingue entre la incompetencia en razón de la materia y la incompetencia en razón de la persona. Cuando, al contrario, el diligenciarario comete la menor irregularidad el instructivo será nulo y no se interrumpirá la prescripción.

No se puede dar más que una razón plausible del artículo 2246 y de la diferencia que resulta entre la nulidad y la incompetencia: es que el que demanda por acta válida en la forma al poseedor ó al deudor ante un tribunal incompetente manifiesta, no obstante, la intención de ejercer sus derechos, lo que basta para que la prescripción sea interrumpida.

1 Durantón, t. XXI, p. 433, núm. 235. Mourlón, t. III, p. 773, núm. 1867. Compárese Marcadé, t. II, p. 128, núm. 3 del art. 2248, y Leroux de Breña, t. I, p. 364, núm. 483.

pida, mientras que la voluntad no está manifestada legalmente cuando el acta es nula. (1)

98. Hay dos casos en los que la citación, aunque válida en la forma, no interrumpa la prescripción. En los términos del art. 2247 la interrupción está considerada como no procedente si el deudor se desiste de su demanda. El desistimiento de que habla la ley no es una renuncia á la demanda, lo que arrastraría la extinción del derecho reclamado en justicia y, en ese caso, no se podría tratar de prescripción; el art. 2247 tuvo presente el desistimiento del procedimiento de que se trata en el art. 403 del Código de Procedimientos, el que está concebido así. «El desistimiento cuando se hubiere aceptado implicará de pleno derecho consentimiento de que las cosas vuelvan por una y otra parte al igual estado que en el que estaban antes de la demanda.» Es decir, que la demanda se considera no haber sido hecha y que, por consiguiente, no ha habido interrupción de la prescripción. Pero suponiendo que el demandante tenga un derecho nada le impide intentar una nueva demanda; esto puede suceder si descubre nuevos títulos y sino se ha desistido más que de la falta de suficientes pruebas.

Se juzgó que el desistimiento no tendría el efecto que el art. 2247 le atribuye si se fundaba en la incompetencia del tribunal ante el que la acción se había llevado; en efecto, la incompetencia no impide la prescripción de ser interrumpida, y el desistimiento no puede tener más efecto que la sentencia que pronunciara la incompetencia. (2)

99. También se considera que la interrupción no es procedente si el demandante deja caducar la instancia (artículo 2247). Conforme al Código de Procedimientos (artículo 397) toda instancia se extingue por discontinuación de promociones durante tres años. La perención es, pues, un de-

1 Aubry y Rau, t. II, p. 348, nota 9, pfo. 215.

2 Caen, 8 de Febrero de 1843 [Dalloz, en la palabra Uso, núm. 147, 1. °]

sistimiento que resulta de la renuncia tácita del demandante; el que entiende perseguir el derecho que ha reclamado judicialmente no se queda tres años en la inacción. Sin embargo, la perención no tiene lugar de pleno derecho; puede haber circunstancias excepcionales que expliquen la inacción del demandante; la perención debe ser pedida y ser pronunciada por el juez y se cubre por actas válidas que cualquiera de las partes hiciera antes de la demanda de perención (Código de Procedimientos, arts. 399 y 400). Ni la perención ni el desistimiento extinguen la acción; es decir, el derecho; desde el punto de vista de la prescripción produce el mismo efecto que el desistimiento; el Código de Procedimientos (art. 401) dispone que la perención implica extinción del procedimiento; de modo que no se puede oponer ninguno de los actos del procedimiento ni prevalecerse de ellos. De aquí la consecuencia consagrada por el artículo 2247: la interrupción de la prescripción se considerará como no procedente porque el demandante no puede ya invocar la cita que la había interrumpido. El demandante podrá, sin embargo, formar una nueva demanda, suponiendo que aun exista su derecho. Si la prescripción se hubiera adquirido ya no podría haber demanda, aunque se formara antes que la perención, porque cada demanda forma una instancia judicial y habiendo sido intentada la segunda cuando la prescripción había extinguido la acción ésta queda extinguida y la nueva acción es tardía. La cuestión fué, no obstante, muy discutida; como pertenece al procedimiento la dejamos á un lado. (1)

100. La perención solo tiene lugar cuando se pide. ¿Es decir, que si no lo está quedará indefinidamente interrumpida la prescripción? La Corte de Bruselas juzgó que la pres-

1 Véase, en sentido contrario, Denegada, 6 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1877, 1, 257, y la nota del sentencista.

cripción está interrumpida por la cita judicial, aun cuando el demandante no hubiera dado curso á la demanda, á menos que hubiera habido desistimiento ó perención. (2) Esto es cierto en principio; pero se equivocaría uno al deducir de la sentencia que quedará siempre interrumpida la prescripción. Cualquier derecho se extingue por el lapso de treinta años; luego si hay discontinuación de promociones durante treinta años se extinguirá la instancia. Decimos la instancia y no el derecho del demandante, porque la prescripción del derecho se ha interrumpido por la cita judicial; el efecto del contrato judicial que resulta del emplazamiento prescribe á los treinta años, á partir de la última acta del procedimiento, independientemente de toda perención; pero todo lo que resulta es que según ese plazo la instancia no puede ser útilmente continuada; el demandante pierde, por lo mismo, el derecho que le daba la acción que intentaba: ya no podrá pedir los frutos y los intereses, porque la demanda judicial habrá prescripto. Distinta es la cuestión de saber si el derecho estaba prescripto; se decide independientemente de la instancia que ha prescripto por la falta de continuidad de las promociones durante treinta años. (1) La jurisprudencia está en este sentido. (2) Volveremos á este punto acerca del efecto que produce la interrupción de la prescripción.

101. En fin, la interrupción está considerada como no procedente si la demanda está desechada (art. 2247). A primera vista esta disposición parece inútil. Si la demanda se desecha el demandado tiene la excepción de cosa juzgada contra toda nueva demanda que se intentara contra él; es inútil, mejor dicho, no há lugar á invocar la prescrip-

1 Bruselas, 7 de Diciembre de 1820 (Pasierisia, 1820, p. 264).

2 Merlin, Repertorio, en la palabra Prescripción, sec. III, pfo. VIII, números 1 y 2 (t. XXIV, p. 345). La cuestión está controvertida. Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. II, p. 349, nota 14, pfo. 215.

3 Denegada, Sala Civil, 23 de Noviembre de 1831 (Daloz, en la palabra Prescripción, núm. 849, 2.º)

ción. Sin embargo, la disposición del art. 2247 recibe su aplicación en varias hipótesis. Desde luego cuando la demanda sólo fué desechada por improcedente, lo que no impide que el demandante la reproduzca, á reserva de que el demandado le oponga la prescripción, y en este caso importa mucho saber si la prescripción ha sido interrumpida. Este será el caso para el demandado de prevalecerse del art. 2247; la interrupción de la prescripción se considerará como no procedente, puesto que la demanda que la había interrumpido fué desechada. (1)

La cuestión de prescripción puede también tener interés aunque la demanda haya sido desechada de plano. Un acreedor solidario persigue al deudor; su acción interrumpe la prescripción para con todos los acreedores (art. 1199). La demanda está desechada. ¿Cuál será la consecuencia de la denegada? En cuanto al demandante que sucumbió ya no tiene derecho desde que la sentencia había pasado á autoridad de cosa juzgada; poco importa para con él si hubo lugar ó no á la interrupción de una acción que ya no existe. Pero la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada para con los demás acreedores solidarios (tomo XX, número 121); éstos pueden, pues, intentar una nueva acción contra el deudor, sin que el demandado pueda rechazarlos por autoridad de cosa juzgada. En este caso importa mucho saber si la prescripción fué interrumpida; los acreedores no pueden invocar el beneficio de la interrupción, puesto que habiendo sido desechada la demanda que interrumpió la

1 ¿Debe distinguirse si la demanda fué desechada pura y simplemente ó si lo fué sólo por falta de justificación suficiente? Véanse Aubry y Rau, t. II, página 39 y nota 16, pfo. 215. No entraremos en estos debates, extraños á nuestra labor. La Corte de Casación ha decidido, por una sentencia reciente, que la disposición del art. 2247 es absoluta y no implica ninguna distinción entre el caso en que la demanda está definitivamente desechada por un medio de fondo y cuando se desecha, sea por un medio de forma ó por improcedente, dejando subsistir el derecho de acción; que, en una y otra hipótesis, la demanda no podría, después de extinguida la instancia, continuar produciendo ningún efecto en favor del demandante cuyas concesiones no fueron admitidas (Denegada, Sala Civil, 8 de Enero de 1877 (Daloz, 1877, 1, 81).

prescripción la interrupción se considera como no procedente. Lo mismo sucedería si se tratara de un derecho indivisible. (2)

*Núm. 3. De la cita en conciliación.*

102. El art. 2245 dice: «La cita en conciliación ante el juez de paz no interrumpe la prescripción el día de su fecha cuando está seguida de una demanda judicial pedida en los plazos de derecho.» Según el art. 48 del Código de Procedimientos «ninguna demanda principal introductora de instancia entre partes capaces para transar y en objetos que puedan ser susceptibles de transacción se recibirá ante los tribunales de primera instancia antes que el demandante haya previamente *pedido la conciliación* ante el juez de paz ó haya *voluntariamente comparecido*.» La llamada se hace por una cita. No es una cita judicial, puesto que el juez de paz no funciona como juez cuando las partes comparecen ante él en conciliación. Luego por sí misma la cita de conciliación no puede interrumpir la prescripción, no dando efecto la ley más que á la cita que entabla un debate judicial. ¿Por qué dispone la ley que esta cita interrumpa la prescripción? Es porque la cita de conciliación es un preliminar obligatorio del proceso; la ley, obligando al demandante á llamar al demandado en conciliación antes de citarlo ante el tribunal, tenía que atribuir á la cita de conciliación el efecto de interrumpir la prescripción si no hubiera perjudicado el derecho del demandante. Supongamos que el plazo de la prescripción esté cerca de cumplirse; el demandante tiene derecho de interrumpirla por una acción judicial, pero la ley le obliga á llamar á su adversario ante un juez de paz antes de intentar la acción; si la prescripción continuara á correr durante este preliminar de conciliación

1 Moulón (según Valette) t. III, p. 784, núm. 1781.

liación la prescripción se cumpliría y el demandante estaría privado de su derecho. La ley tuvo, pues, que admitir la cita de conciliación como acto interruptivo de prescripción. (1)

Pero no liga este efecto á la cita de conciliación más que con una condición: es que la cita esté seguida de una demanda judicial en el plazo de derecho. Es como preliminar forzado de esta demanda como la cita de conciliación ante un juez de paz conciliador interrumpe la prescripción. Si el demandante no cita al demandado ante los tribunales la cita de conciliación no es ya un preliminar del proceso, queda aislada, y por sí sola no interrumpe la prescripción, puesto que no es una acción judicial. Quedaba por determinar el plazo en el que la demanda debe presentarse después de la tentativa de conciliación sin resultado. Esto es lo que hace el art. 57 del Código de Procedimientos, el que dice: «La cita de conciliación interrumpirá la prescripción desde la fecha de la comparecencia ó de la no conciliación.» Como continuación de esta disposición el art. 65 quiere que el instructivo de aplazamiento contenga la prueba de la tentativa de conciliación: «Con el instructivo se dará copia del acta de no conciliación ó copia de no comparecencia, bajo pena de nulidad.»

103. Síguese de esto que la cita de conciliación no interrumpe la prescripción más que bajo condición de ser seguida de una acta de no conciliación ó no comparecencia notificada en el mes con aplazamiento; si esta acta no está notificada ó si la notificación es irregular el aplazamiento es nulo y, por consiguiente, uno de los elementos esenciales del acto interruptivo de prescripción falta; de donde la consecuencia de que la prescripción no había sido interrumpida. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no nos

1 Moulón, t. III, p. 725, núm. 1872. Marcadé, t. VIII, p. 135, núm. 6 del art. 2248. Leroux de Breña, t. I, p. 337, núm. 469.