

PRESCRIPCION EXTINTIVA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por el Dr. Maximiliano PHILONENKO, Profesor de la Universidad de Bruselas. Traducción del Dr. Miguel LUBAN.

El fallo del Tribunal del Reich de 6 de julio de 1934, reseñado por nosotros,¹ e importante en orden a varios problemas de Derecho internacional privado,² es tanto más interesante, cuanto que llama la atención sobre el discutido problema de la ley aplicable a la prescripción extintiva en el mencionado campo jurídico. El interés del problema es muy grande en Derecho francés, puesto que, como intentaremos demostrar en seguida, no ha recibido todavía por parte de la Corte de Casación una solución que tenga valor de principio; y de ahí que una investigación que acuda a los recursos comparados del Derecho y de la Jurisprudencia, resulte sobremañera indicada. Existe, sí, jurisprudencia de la Corte de Casación, inaugurada con un fallo de 13 de enero de 1869,³ que fué ilustrado por el gran jurisconsulto J. E. Labbé en una nota aprobatoria. Pero ¿proporciona una solución de principio? Expongamos, ante todo, los términos del fallo en cuestión: "*Visto el artículo 443 del código de comercio; Considerando que en cuanto a la acción personal, las reglas de prescripción son las del domicilio del deudor, el cual, cuando sea perseguido en virtud de la ley de su propio país, tiene derecho a invocar las disposiciones de la misma que le protejan contra la acción de que es objeto y que, tratándose de un contrato de transporte, dicha regla resulta especialmente aplicable,*

1 A saber: *Journal du Droit International*, 1935, p. 1190.

2 Véase nuestra nota al pie del fallo, 1. c., p. 1201.

3 Sirey, 1869. I. 52.

como se desprende de combinar los artículos 108 y 443 del código de comercio; *Considerando*, por tanto, que el fallo impugnado, al resolver que los comisionistas Freyssinet y cómplices no p^udan invocar sus disposiciones y que el pleito debía regirse por la ley inglesa, ha violado los susodichos artículos, casa . . .”

Al término de su nota Labbé afirma: “este considerando, a nuestro juicio, tan bien redactado” (se refiere al pasaje: “perseguido en virtud de la ley de su propio país, tiene derecho a invocar las disposiciones de la misma que le protejan contra la acción de que es objeto”). Y en la página 49, columna primera, el ilustre jurisconsulto decía: “Esperamos que el presente fallo contribuya a sentar jurisprudencia”.

Sin embargo, ¿cuál es el valor doctrinal del fallo favorecido con el tan importante apoyo de Labbé? ¿Qué pensamiento preciso encierra en sí la fórmula del fallo? Trátase de la aplicación a la prescripción, de la ley del domicilio del deudor, perseguido en virtud de la ley de su país. Pero si el deudor en cuestión, domiciliado en Francia, no fuera francés, sino alemán, por ejemplo, perseguido por un inglés, ¿podría mantenerse la fórmula de la Cámara civil? Nada autoriza a creerlo, puesto que, en primer lugar, faltaría uno de los elementos que determinan la economía de la misma, a saber: el deudor domiciliado en Francia y citado ante los tribunales franceses en virtud de la ley francesa, no sería perseguido a tenor de la “ley de su propio país”. Por otra parte, puesto que la solución de la Cámara Civil no puede considerarse sino como una medida de protección —el término “proteger” se encuentra en el fallo—, dicha protección no puede beneficiar sino al nacional, ya que al extranjero sólo se deben justicia y equidad.

Cuando se mide, por tanto, el alcance verdadero del fallo de 1869, forzosamente hay que reducirlo a una expresión de la idea de protección de los nacionales,⁴ al establecimiento de un privilegio de nacionalidad, semejante, en cierto modo, por su naturaleza, aunque contrapuesto en su economía, a la condición de los extranjeros.

A fin de que este privilegio surta sus efectos, deben, al parecer, reunirse dos condiciones. Es preciso, en primer término, y ello constituye la condición práctica, por decirlo así, que el deudor encuentre interés en invocar la prescripción de la ley francesa, lo cual se verificará únicamente cuando resulte ser más breve que la correspondiente prescripción

4 Acerca de todos estos puntos, y en el mismo sentido, véase la interesante nota de Paul Tager, en *Journal du Droit International*, 1934, pp. 672 y ss.

de la ley extranjera. El uso de la prescripción de la ley francesa es, por tanto, facultativo para un francés, en correspondencia con el carácter de medida protectora del nacional que le atribuye el fallo de 1869. La protección no podría, por definición, aplicarse sino en las hipótesis en que su funcionamiento asegura una ventaja al protegido. Es preciso, además, y ello parece constituir la condición de derecho propiamente dicha, que el deudor francés esté domiciliado en Francia; pero esta condición no resulta muy comprensible, porque en los litigios entre franceses y extranjeros, el francés, domiciliado o no en Francia, podrá reclamar siempre la jurisdicción de los tribunales franceses y declinar la de los tribunales extranjeros.⁵ De ahí parece deducirse que podría invocar siempre la prescripción de la ley francesa y que esta facultad estaría determinada no por su domicilio, sino por el mero hecho de la competencia de un tribunal francés, cosa siempre posible para un francés, con independencia de su domicilio (art. 15 del código civil).

Así, cuando se la examina más de cerca, la fórmula de la Corte de Casación no puede considerarse como expresión de una doctrina definida en cuanto a la ley aplicable a la prescripción, puesto que únicamente establece la facultad, a favor de los nacionales que ventilan sus intereses ante los tribunales franceses, de invocar la prescripción de la ley francesa. Además, aunque se la considere tan sólo desde el punto de vista del establecimiento de tal privilegio de nacionalidad, la fórmula de la Cámara Civil aparece jurídicamente inexacta, ya que pierde de vista la disposición del artículo 15 del código civil y la jurisprudencia constante que lo había interpretado. Sin embargo, aun considerada sólo desde el punto de vista del privilegio de nacionalidad, y prescindiendo por completo de su falta al no haber postulado un principio general en materia de prescripción, ¿la decisión de la Cámara Civil, jurídicamente insuficiente, tiene, al menos, el mérito de asegurar ciertas ventajas morales? Cabe muy bien ponerlo en tela de juicio. Para darse cuenta de ello, supongamos que, como en el caso sometido a la Cámara Civil en 1869, un francés haya estipulado una operación de transporte con un extranjero, que ésta se haya malogrado y que las mercancías hayan sufrido averías: ¿qué debería hacer el transportador francés a fin de evitar las consecuencias de su responsabilidad como tal? Según el fallo de 1869, le bastaría establecer su domicilio en

5 Tribunal de París, 3 de abril de 1930 (solución implícita). *Journal du Droit International*, 1933, p. 636. Tribunal civil de Lyon, 19 de enero de 1923; *Gaz. Pal. Tables* 1920-1925, voz "Etranger", n. 148. Tribunal de París, 17 de mayo de 1952, *Journ. Droit Internat.*, 1922, p. 404.

Francia, para ampararse así en la regla de los artículos 108 y 443 del código de comercio, que establecieron la prescripción anual para las acciones de responsabilidad del transportador. Su contratante hubiera podido ignorar esta regla de la ley francesa e incluso no haber imaginado siquiera que dicha ley podría ser aplicable. Se vería, no obstante, sorprendido en su buena fe y frustrado en sus derechos, con tanto más motivo cuanto que, según hemos mostrado, el contratante francés habría podido inclusive no molestarse en cambiar de domicilio, contentándose con reclamar la jurisdicción de los tribunales franceses, a fin de asegurarse el privilegio de una prescripción breve y ventajosa. Mas *fraus omnia corrumpit*: ¿cómo ha podido, entonces, ser apobada una solución jurisdiccional que, lejos de reprimirlo, le abría por inadvertencia de par en par las puertas?

Eliminamos, pues, esta decisión no sólo del orden de la discusión general sobre la prescripción, puesto que no proporciona solución alguna de principio, sino incluso como fórmula de alcance más limitado, ya que no puede sino favorecer el fraude. La eliminamos, aunque haya merecido la aprobación de Labbé y aun cuando un reciente fallo de la Corte de Casación haya acogido la misma desdichada solución,⁶ conforme al deseo de Labbé de que la sentencia de 1869 estableciese jurisprudencia. Ateniéndonos, sin embargo, a su nota, en ella ha postulado Labbé el principio de la ley aplicable a la prescripción y preconizado una solución general. A su vez, el Tribunal del Reich ha buscado una solución en tres fallos⁷ y ha examinado el problema con un cuidado especial en la reciente sentencia a que hemos aludido. Cualquiera que sea su valor intrínseco, aporta de todos modos argumentos en apoyo de las críticas a que presta flanco la doctrina de Labbé. Por otra parte, ella nos proporcionará los elementos que permitan formular nuestro propio punto de vista, que expondremos al final del presente estudio.

I

Ante todo, ¿cuál es la doctrina de Labbé? Después de haber refutado las diversas opiniones que trataban de subordinar la prescripción a la

6 Casación civil, 9 de enero de 1934. *Journ. Droit Internat.*, 1934, p. 672 enf. Casación 28 de julio de 1884; D. P., 1886. I. 301-302.

7 Véanse estos fallos, así como *Journ. Droit Internat.*, 1935, p. 1190, e *infra*, notas 26 y 33.

ley del acreedor, según una opinión; a la ley del domicilio del deudor, según otra, y a la ley *loci contractus*, conforme a una tercera, Labbé declara: la prescripción se rige por la *lex fori*, por la sencilla razón de que, a su entender, la prescripción no atañe al fondo del derecho, sino que, simplemente, priva al acreedor de la facultad de hacer valer su pretensión mediante una acción judicial. Por tanto —dice Labbé—, la prescripción debe considerarse necesariamente como dependiente del procedimiento y no de las reglas de fondo y, como consecuencia ineludible, regirse por la *lex fori*.⁸

El ilustre jurista agrega: ¿cómo es posible que quienes estiman que la prescripción deja subsistir la obligación natural —es decir, el vínculo de derecho, salvo privarlo de acción en justicia— puedan poner en tela de juicio este punto de vista? Ahora bien: ¿es exacto dicho punto de vista (sustentado, eso sí, con vigor y elegancia), tanto desde el ángulo del Derecho interno francés, en el que a todas luces se ha inspirado Labbé, como en atención a los sistemas jurídicos extranjeros, de los que no se acordó para nada en el presente caso? ¿Es exacta la opinión de Labbé, aun en el supuesto de considerar, en principio, la naturaleza jurídica de la prescripción sólo desde el punto de vista del Derecho francés interno? ¿Es posible decir, como él ha sostenido, que un principio unitario domina esta materia, a saber: la negativa a conceder una acción, sin que por ello se destruya el propio vínculo de derecho? A fin de convencernos de lo contrario, mencionemos rápidamente algunas reglas de Derecho francés relativas a la prescripción.

Cierto que el artículo 2262 del código civil dice: “Todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben en el plazo de treinta años, sin que quien alegue dicha prescripción esté obligado a presentar un título o pueda oponérsele la excepción derivada de la mala fe”. Esta regla tan

8 Cfr., las conclusiones de Mahoudeau, sustituto del Procurador general, ante el Tribunal de Rennes, (en *Journ. Droit Internat.*, 1899, p. 1005), en las que plantea el mismo dilema, a saber: el de si la prescripción es una institución de fondo o de procedimiento, y se adhiere por completo a la doctrina de Labbé, desvirtuada a propósito de la aplicación de la prescripción corta de los artículos 443 y 108 del código de comercio, mientras que Mahoudeau contemplaba la aplicación de la prescripción treintenaria.

Cfr., en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Civil del Sena de 28 de noviembre de 1891 (en *Journ. Droit Internat.*, 1892, p. 713), acerca de la prescripción del artículo 2271, inspirada visiblemente en la nota de Labbé.

absoluta, se basa en la misma idea que la *longissimi temporis prescriptio* de Justiniano.

Es una medida de consideración del estado de cosas existente. No debe permitirse renovar los litigios ante los tribunales después de un lapso. Se trata, en realidad, de una medida de paz y de orden público, y sus exigencias son de tal modo imperiosas, que la ley se desentiende por completo del fondo del derecho e incluso del aspecto moral de la cuestión de fondo, hasta el punto de permitir al deudor de mala fe oponer la excepción de prescripción cuando, pese a reconocer la existencia de la deuda, se niega a satisfacer una demanda tardía.

Pero aun admitiendo que nos hallemos ante una cuestión de procedimiento, ¿es exacto afirmar que el fondo del derecho queda intacto? Ciertamente que según el artículo 1235, la ejecución de una obligación natural no da lugar a acción en repetición de lo indebido, de tal modo que la prescripción consumada deja subsistir la deuda y el crédito corollario. ¿Pero el derecho de crédito subsistente es el mismo que lo era originariamente? ¿Es posible afirmar que sólo le hace falta la acción judicial? Desde luego que no, puesto que contrariamente a la solución del Derecho romano,⁹ ese derecho de crédito transformado en obligación natural, queda en el código civil debilitado en el fondo: la mera existencia de la deuda prescrita no basta para hacer válido el pago de la misma, sino que se necesita, además, que éste se efectúe por el deudor con conocimiento, tanto de causa como de la imposibilidad de apremio judicial, y voluntariamente. El acto de ejecución adquiere entonces un carácter ambiguo, rayano con la ejecución de una liberalidad o, al menos, con el cumplimiento de un deber moral.¹⁰ En esas condiciones, ¿puede sostenerse que la prescripción no ejerce su acción sino desde el punto de vista procesal y que no atañe al fondo del derecho, incluso en el caso de prescripción treintenaria? Y pasando al Derecho internacional privado, ¿cabe suponer con tal firmeza

9 Tryphonius, 2, 64. *Dig. XII.VI de conditione indebiti. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum.*

10 Véase Locré, T. XII 8, n° 113. Informe de Bigot de Préameneu sobre el artículo 1235, que excluye la *condictio indebiti* en la hipótesis de cumplimiento voluntario de las obligaciones prescritas. X, 5, discurso del tribuno Jaubert, que ve en ello el cumplimiento de un deber moral: "No se admite la repetición respecto de las obligaciones naturales que hayan sido voluntariamente cumplidas", en tanto que Pothier, T. V., p. 105 (ed. Bugnet), sustenta todavía la solución romana.

que la prescripción treintenaria, surgida de las reglas de procedimiento, debe regirse necesariamente por la *lex fori*?

Pero además de la prescripción treintenaria, el Derecho francés conoce otras prescripciones. Mencionemos las del artículo 2271 del código civil: ¹¹ "La acción de los maestros y profesores de ciencias y artes por las clases que den al mes; la de los hosteleros y fondistas por el alojamiento y alimentos que proporcionen; la de los obreros y trabajadores para el pago de sus jornales, suministros y salarios, prescriben en el plazo de seis meses". Recordemos también las disposiciones semejantes de los artículos 2272 y 2273 del código civil, que igualmente establecen prescripciones breves respecto de los créditos de médicos, ujieres, dueños de pensiones, etc. ¿Cuál es el fundamento de estas disposiciones?

Las prescripciones *brevi temporis* de los artículos 2271 y siguientes se fundan en la presunción legal de pago, responden las decisiones de la Cámara Civil ¹² y de la doctrina. ¹³ Ahora bien: conforme al artículo 1234 del código civil, el pago es un modo de extinción de las obligaciones. Por consiguiente, las prescripciones de los artículos 2271 y siguientes no son óbice al ejercicio de una acción, no destruyen el derecho mismo; pero sí tienen por efecto afectar el derecho de crédito en su propia existencia, y ese efecto es muy poderoso, por otra parte, ya que si la presunción de pago consiguiente al transcurso de un cierto lapso no constituye una presunción irrefutable, es, de todos modos, más que una presunción *juris tantum*, puesto que no sólo produce la inversión en cuanto a la carga de la prueba, sino que, además, la limita a la prestación de juramento y a la confesión, asimilada ésta a aquélla por la jurisprudencia.

11 Acerca de todas estas "prescripciones breves", pero sólo en cuanto al Derecho interno francés, véase la excelente obra de Georges Holleaux, *De l'évolution des règles propres aux courtes prescriptions fondées sur la présomption de paiement* (Limoges, 1927).

12 Cfr. Locré, T. 16, p. 580, donde Bigot de Préameneu en términos muy claros la cuestión del fundamento jurídico de las demás prescripciones breves.

13 Véase especialmente Georges Holleaux, *ob cit.*, pp. 25 y 26, que las aproxima muy exactamente a las prescripciones establecidas por los arts. 1282 y 1908 del Código civil. Cfr. los términos excelentes en que se expresa Bartin, *Principes*, T. I., p. 431: Algunas de esas prescripciones se reducen en nuestro Derecho a prescripciones de extinción normal de los derechos que hacen desaparecer. En tales casos, el tiempo no obra en manera alguna por sí mismo: no es sino el signo, por lo general justo, de un modo de extinción propiamente dicho, cuya prueba se ha perdido o que no se manifiesta más que en esa forma.

Pasemos al artículo 2275 del código civil: "No obstante, aquellos a quienes se opongan estas prescripciones, pueden deferir el juramento a los que las aduzcan, a fin de saber si la cosa ha sido efectivamente pagada". Lo mismo proclama el artículo 189 del código de comercio: "Todas las acciones relativas a letras de cambio, así como las derivadas de pagarés suscritos por negociantes, comerciantes o banqueros o de actos de comercio, prescribirán en el plazo de cinco años, a partir del día del protesto o de la última reclamación jurídica, siempre que no haya mediado condena, o cuando la deuda no haya sido reconocida en acto aparte. Sin embargo, los presuntos deudores quedarán obligados a afirmar bajo juramento, cuando se les requiera al efecto, que no deben nada; así como sus viudas, herederos o causahabientes, que estiman de buena fe no deberse ya nada."¹⁴

Cierto, de nuevo, que esas reglas concernientes a la prescripción repercutirán sobre el procedimiento, puesto que determinan el modo de ejercicio de la acción que, en defecto de confesión, sólo será posible por la vía de la delación de juramento;¹⁵ pero ello es consecuencia de que resulta afectado el fondo del derecho, ya que la obligación se considera extinguida mediante el pago, por el hecho de cumplirse la prescripción y, por tanto, sólo se admite, mediante juramento, la verificación concerniente a saber si la cosa ha sido efectivamente pagada. Así las cosas, ¿cabe sostener con seriedad que esas reglas son las de procedimiento, dependientes de la *lex fori* en caso de conflicto de leyes?

Consideremos ahora, dentro del mismo orden de ideas, el artículo 2277 del código civil. "Los pagos atrasados de rentas perpetuas o vitalicias, los de pensiones alimenticias, el alquiler de casas y el precio de arrendamiento de bienes rurales, los intereses de las cantidades prestadas y, en general, todo lo pagadero por años o en términos periódicos más breves, prescribe

14 Sin duda, la prescripción del art. 189 del Cód. com., relativa a las letras de cambio, como fundada en la presunción de pago —en el antiguo Derecho, art. 21, título V, de la Ordenanza de comercio de 1673—, no fué del todo extraña a las consideraciones acerca de la necesidad de asegurar en materia mercantil la pronta liberación de los deudores. Ese carácter mixto se conservó al redactarse el código. Si de los trabajos preparatorios se desprende la voluntad de los legisladores de hacer de ella, en adelante, una prescripción liberatoria, se mantuvo al mismo tiempo su carácter de presunción de pago, mediante el aditamento, "aunque tardío y como a pesar suyo", del juramento (Georges Holleaux, ob. cit., pp. 35, 88 y 89). Cfr. Locré t. XVIII, p. 94.

15 Salvo el matiz del art. 189 relativo a las letras de cambio: afirmación de inexistencia de la deuda, hecha de buena fe por los herederos del deudor.

en cinco años". ¿Cuál es el fundamento de esta disposición? Según los trabajos preparatorios, sería doble, y descansa, de un lado, en la presunción de pago y, de otro, en el deseo de ayudar al deudor, para que no quede sepultado por la acumulación excesiva de los atrasos.¹⁶ Es también doble según el fallo de la Cámara civil de 4 de marzo de 1878,¹⁷ aun cuando su economía sea entendida en él de modo diferente.

"... La prescripción de cinco años, instituída sobre todo para castigar la negligencia del acreedor, constituye, lo mismo que la prescripción treintenaria, un modo especial de liberación, independiente del pago efectivo de las cantidades reclamadas, y ... la confesión de falta de pago no pone obstáculo a la aplicación de esta clase de prescripción...". El fallo se aparta así de la concepción del legislador e introduce un elemento de pena privada, que hace inexacta la asimilación efectuada por la Cámara civil entre la prescripción de cinco años y la treintenaria, ya que si bien del carácter de pena civil de la prescripción quinquenal puede deducirse el establecimiento de un modo especial de liberación, ello no es cierto respecto de la prescripción treintenaria, que no es un modo de liberación. En efecto, la prescripción treintenaria, si bien despoja de acción al lazo obligatorio e incluso, como mostramos, lo modifica en cuanto al fondo, lo deja, sin embargo, subsistir y elimina la *condictio indebiti* en el caso de pago voluntario. La prescripción quinquenal debe, por tanto, y con mayor motivo, colocarse en orden a los conflictos de leyes, fuera del dominio de la *lex fori*, porque tanto si se admite que se funde en la presunción de pago, como en que constituye una pena civil que castiga al acreedor negligente, o en que sea una medida de protección al deudor, afecta necesariamente al fondo del derecho.

Permítasenos retornar, una vez más, a la doctrina del fallo de la Cámara civil de 1869, tan calurosamente aprobada por Labbé. Siempre que el artículo 2277 se aplique a un deudor francés apremiado por un acreedor extranjero, la finalidad de la tesis sustentada por la Cámara civil se habrá logrado plenamente. Se aplicará una regla en sí misma protectora de un nacional a quien se trata de proteger. Ello, por lo menos, es lógico.

16 Exposición de motivos por Bigot de Préameneau, Locré, t. 16, p. 585, que acerca del segundo elemento del fundamento, se refiere a la Ordenanza de Luis XII de 1510.

17 D. P. 1878. I. 168.

Pero, generalicemos, de acuerdo con la doctrina de Labbé, la aplicación de la *lex fori*. El artículo 2277 tendría entonces que aplicarse en cualquier hipótesis y especialmente en la de que un francés persiga a un extranjero ante los tribunales de Francia. Mas entonces será el extranjero quien resultará protegido contra un francés, consecuencia lógica de la opinión de Labbé, pero que pugna abiertamente con la solución del fallo que, sin embargo, aprobó con tanta energía.

Examinemos ahora, dentro del mismo orden de ideas, la prescripción decenal instaurada por el artículo 1304 del código civil: "Siempre que la acción de nulidad o de rescisión de un convenio no se limite a un plazo más breve por una ley especial, dicha acción durará diez años. Este plazo no transcurre, en caso de violencia, sino desde el día en que haya cesado; en los casos de error o de dolo, desde el día en que hayan sido descubiertos; y respecto de los actos realizados por mujeres casadas no autorizadas, desde el día de la disolución del matrimonio. Respecto de los actos realizados por los sujetos a interdicción, el plazo no transcurre sino desde el día en que cese la interdicción; y respecto de los efectuados por menores, desde el día de la mayor edad."

Consideremos el fundamento de esta disposición. ¿Será acaso una norma procesal? Evidentemente, no. Para que la acción de nulidad se extinga, hace falta que las circunstancias que constituyen su razón de ser—error, violencia, dolo o incapacidad jurídica general—hayan cesado desde hace diez años. Son esas condiciones de fondo las que primeramente determinan la existencia de la acción y las que la hacen desaparecer luego. El no haber obrado cuando se pudo hacerlo, sea porque las circunstancias exteriores que obstaculizaban la acción hayan desaparecido, sea porque se hayan descubierto las condiciones en que se trató y se dió el consentimiento, se interpreta como confirmación de los actos anulables. Ahora bien: la confirmación de un acto repercute sobre el fondo del derecho, y no modifica la condición del procedimiento sino por vía de consecuencia.

¿Qué razón habrá entonces para invocar la prescripción del artículo 1304 a título de ley procesal y para aplicarla a título de *lex fori*, de ley del tribunal a que se haya sometido un litigio?

Detengámonos en estos desenvolvimientos de detalle. Creemos que bastan para permitirnos llegar a una doble conclusión.

1ª) En contra de la opinión de Labbé, es imposible someter invariablemente la prescripción a la *lex fori*, porque incluso en el Derecho francés interno las distintas prescripciones no emanan todas invariable y ex-

clusivamente de las reglas de procedimiento, sino que vienen determinadas por consideraciones diversas relativas al fondo del derecho. Tal es la primera conclusión, que nos parece natural e indiscutiblemente alcanzada.

2ª) Hay otra que se impone con igual fuerza, tanto desde el punto de vista teórico como desde el metodológico. No sólo es inexacto someter invariablemente la prescripción a la *lex fori*, sino que de manera más general resulta erróneo intentar someter la prescripción al imperio de una ley única, ya se trate de la *lex fori*, de la *lex contractus*, de la del acreedor o de otra cualquiera.

La solución del problema no debe ser buscada en esta dirección. Ni siquiera cabría establecer respecto de la prescripción una especie de *summa divisio rerum*, en el sentido de que unas pertenezcan a las reglas de procedimiento y las otras al fondo del derecho.¹⁸ Dichos elementos están de tal modo mezclados, que no es posible intentar disociarlos para buscar una clasificación. Según su peculiar carácter jurídico, cada prescripción debe someterse a su propia ley.¹⁹

18 Partiendo, sin embargo, de esta idea y dando la preferencia a la concepción de la prescripción como una regla de fondo, Jean Michel (*De la prescription libératoire en droit international privé* —Paris, 1911—) se pronuncia a favor de la *lex loci contractus*, ley única, por lo menos cuando se trata de obligaciones convencionales, y ello sin distinguir entre prescripción treintenaria y prescripciones breves (pp. 237 y ss.)

Véase asimismo el fallo de la Corte de Casación de Italia, de 3 de marzo de 1933 (en *Rivista di diritto internazionale privato*, 1935, p. 159), que sin distinguir entre las diversas prescripciones, estima que al menos en materia contractual, toda prescripción extintiva extingue el derecho mismo, constituye desde ese instante un elemento esencial de una obligación y debe someterse en principio, en caso de conflicto de leyes, a la misma ley que la que rige la propia obligación.

Para que quienes la consideren útil puedan consultarla, mencionaremos aún la nota del profesor Niboyet al fallo de la Cámara civil de la Corte de Casación de 9 de enero de 1934, en *Revue critique de droit international* (1934, p. 915) y en Sirey (1934. I. 201), se encuentra en ella la expresión un poco difusa del sentimiento producido por el hecho de que en 1934 la Corte de Casación no haya modificado su doctrina de 1869, si bien el propio profesor Niboyet permanece aferrado a nociones caídas en desuso y, a manera de piedra filosofal, trata de encontrar una ley única que regule en forma general las prescripciones.

19 En sus *Principes*, t. I, § 172, Bartin expresa un modo de ver muy semejante, salvo, a nuestro entender, las dificultades procedentes del problema de las calificaciones, del que nos ocupamos en la continuación de este ensayo.

II

Hasta ahora nos hemos situado únicamente conforme al punto de vista de los tribunales franceses. Para definir la naturaleza jurídica de la prescripción y determinar en consecuencia la ley aplicable, respecto de litigios internacionales que en hipótesis se ventilen en Francia, no hemos interrogado hasta ahora más que la ley francesa. Casi todos los jurisconsultos, y entre ellos nuestro maestro Bartin, dirán, sin duda, que no hubiéramos podido discurrir de manera distinta, puesto que determinar la naturaleza de una institución invocada en un proceso de Derecho internacional privado quiere decir calificarla. Ahora bien: la calificación debe efectuarse siempre conforme a la *lex fori*.²⁰ Sin embargo, por nuestra parte hemos sostenido una doctrina diferente.²¹ Creemos, en efecto, que la calificación que debe imponerse definitivamente al juez del litigio no es en modo alguno la de la *lex fori*, sino la de la ley que se reconozca aplicable, porque una institución jurídica la crea un legislador determinado dentro de los límites de su poder efectivo, y porque sólo incumbe calificar a aquél a quien corresponde legislar, y porque el poder efectivo de mando marca el mismo límite al poder de legislar que al de calificar. Una institución jurídica creada por un determinado legislador, debe ser aceptada por los tribunales extranjeros que quieran aplicarla, tal como es, de acuerdo con la naturaleza jurídica que le atribuya la ley que la creó. Claro que si es incompatible con las concepciones fundamentales de la *lex fori*, esa institución podrá ser descartada en virtud de la idea de orden público internacional, pero no podrá ser modificada ni en su letra ni en su naturaleza. Hay que respetar la soberanía espiritual extranjera,²² cuyas creaciones intelectuales, como las leyes, constituyen su patrimonio.

20 Véase Bartin. *Principes*, t. I.

21 Philonenko, *Théorie du renvoi en Droit comparé* (Paris, 1934), pp. 22-31.

22 Acerca de esta noción, Philonenko, ob cit., pp. 48 y ss.

Véase también la reseña de dicha obra por Frankenstein en *Central Blätter* (Viena, 1935), p. 433; y en general, este autor, en *Internationales Privatrecht* (t. I, p. 27251, 27881), quien, por diversas razones, se muestra también, a propósito de las calificaciones, netamente opuesto a la doctrina dominante.

Cfr. además nuestro estudio sobre el asunto Forgo, en *Journ. Droit Internat.* (1932, pp. 281 y ss.), del que se desprende que, en definitiva, la Corte de Casación de Francia adoptó también, en ese célebre fallo, la calificación extranjera.

Ahora bien: de ser así y de aplicarse esos principios a la prescripción de que en este momento nos ocupamos, nada permite creer que ella se presente como una institución de carácter uniforme en los diferentes sistemas jurídicos. De tener ese carácter de uniformidad en Derecho francés, y hemos demostrado lo contrario, las causas de diversidad en materia de conflicto de leyes deben provenir de la diversidad de concepciones en los diferentes sistemas legislativos, diversidad que no puede dejar de influir en la determinación de la ley aplicable.

Conviene ahora que examinemos el problema de la ley aplicable a la prescripción desde el ángulo de esta controversia. Tres sentencias del *Reichsgericht* nos brindan amplia materia para el estudio.

La primera de ellas es de 8 de mayo de 1880;²³ la segunda, de 4 de enero de 1882,²⁴ y la tercera, ya citada, de 6 de julio de 1934.²⁵ Las tres hubieron de pronunciarse acerca de una cuestión semejante y es más: jurídicamente idéntica. Se trataba en las tres de resolver la cuestión de la ley aplicable a la prescripción de letras de cambio, cuyo cobro se demandaba ante los tribunales alemanes y sometidas en cuanto al fondo, según la opinión de los juzgadores del asunto, al Derecho anglosajón (norteamericano en los dos primeros casos e inglés en el tercero).

Subrayemos inmediatamente ese rasgo importante, común a las tres decisiones. Según el Derecho alemán, la prescripción sería una regla de fondo del derecho y en manera alguna de procedimiento: así se expresaron las dos primeras decisiones, seguidas en este punto, aunque con bastante menos firmeza, por la tercera. Partiendo de esa calificación de la *lex fori*, el derecho aplicable ha de ser el que rijan el fondo de la relación jurídica litigiosa. Pero de ser así, no cabe una solución única, puesto que las leyes a que quede sometido el fondo del derecho pueden ser diversas (ley de la autonomía, nacional, del domicilio, etc.); pero por definición, no será jamás una ley única, elegida como categoría de Derecho internacional privado, llamada a regir la prescripción como tal, partiendo de su naturaleza jurídica, como la *lex fori* propuesta por Labbé. He aquí un resultado relativamente bastante más exacto que aquellos a que intentaron llegar en sus investigaciones tanto Labbé como los otros autores. Y sin embargo, no hay que perder de vista que la propia elección de la ley aplicable se funda, dentro del sistema del Tribunal Supremo alemán, en la aceptación invaria-

23 *Entscheidungen* (Sentencias), t. II, p. 13.

24 *Entscheidungen*, t. VII, p. 21.

25 *Entscheidungen*, t. 145, p. 121, y *Journ. Droit Internat.*, p. 1190.

ble de la calificación de la *lex fori*. Pero ese modo de razonar, aunque se acomodase a la doctrina clásica, nos parece erróneo: la calificación de la *lex fori* que puede servir a la determinación de la ley aplicable, no puede mantenerse en definitiva frente a la de la ley aplicable. Nos convenceremos de ello si procedemos ahora a examinar las tres decisiones del *Reichsgericht*.

El 8 de mayo de 1880, fué sometido al *Reichsgericht* un asunto en el que se trataba de pretensiones deducidas ante los tribunales alemanes en pago de letras de cambio libradas en el Estado de Nueva York, que era a la vez el lugar de pago. Esas letras no habían prescrito todavía según el Derecho neoyorkino, que fija la prescripción en seis años, pero estaban bajo los efectos de la prescripción trienal del Derecho alemán.

La decisión impugnada ante el *Reichsgericht* había descartado la aplicación de la prescripción alemana y el Tribunal Supremo rechazó el recurso.²⁶

26 El fallo dice así: "Dado que las *promissory notes* litigiosas fueron todas ellas libradas en Nueva York y que allí debían ser pagadas, es en ella donde se encuentra el lugar del crédito litigioso, que debe someterse al Derecho vigente en dicho sitio. Sin embargo, conforme al Derecho del lugar en que se desenvuelve el proceso, la prescripción que afecta a la demanda... debe considerarse no como una regla de procedimiento, sino como una regla de fondo, y los jueces del fondo han deducido de ello, con razón, que la demanda debe quedar sometida no a la prescripción trienal de la ley alemana, sino a la de seis años vigente en Nueva York."

"Esa negativa a aplicar la prescripción de la *lex fori* estaría también justificada si fuese cierto, como sostiene el demandado, que según el Derecho vigente en Nueva York y la doctrina allí preponderante, la prescripción de la demanda se reputa disposición procesal. Ese hecho no constituiría en manera alguna una razón para que el juez alemán aplicase la ley alemana sobre la prescripción a una demanda que, según los principios del Derecho alemán, escapa a sus disposiciones."

"Desde el momento en que el juez aplica éstos, no comete error al aplicar una regla de procedimiento extranjero (*Indem der Richter diese letzteren anwendet, macht er sich unzulässiger Anwendung ausländischen Prozessrecht nicht schuldig*)."

"Además, no es exacto considerar la prescripción como una institución procesal respecto de determinados sistemas jurídicos, por la sola razón de que en ellos se la califique así, sin tener en cuenta el lugar de la sede de la obligación (*Ubrigens ist es auch unbegründet, die Klagverjährung in solchen Rechtsgebieten, wo sie ohne Rücksicht auf den Sitz der Obligation stets auch nach dem am Prozessorte geltenden Rechte beurteilt wird, schon deshalb als ein prozessuales Institut anzusehen*)."

"Por otra parte, ese principio es más bien una consecuencia de la opinión dominante en la materia conocida bajo el nombre de conflicto de leyes (*Denn dieser Grundsatz ist vielmehr eine Konsequenz der über die sogenannte Kollision der Statuten geltenden Anschauung*)."

En dicho debate, toda la discusión jurídica giraba alrededor del problema de las calificaciones,²⁷ y se reconoció que era la ley del Estado de Nueva York la aplicable al fondo del litigio. Por tanto, sólo ella, con exclusión de cualquier otra ley y especialmente de la alemana, estaba llamada a regir las cuestiones de fondo. Pero ¿cuáles son esas cuestiones de fondo? Concretamente, ¿es la prescripción una de ellas? Para resolver el problema de la naturaleza jurídica de una institución, hay que referirse a un sistema jurídico determinado. Cabría pensar en una de las dos leyes en conflicto, bien la ley alemana, como ley del juzgador llamado a conocer, bien la ley de Nueva York, que fué considerada aplicable a las letras de cambio en litigio. Sin vacilar, el Tribunal Supremo optó por la ley alemana. Procedió, pues, conforme a la teoría que resuelve siempre el problema de las calificaciones mediante los conceptos de la *lex fori*. El *Reichsgericht* habría podido, sin embargo, razonar de otro modo, acogiendo a tal fin directamente la ley bajo el imperio de la cual surgieron las letras de cambio en litigio, las cuales derivan su valor de obligación jurídica de la adhesión que las partes prestaron a dicha ley.²⁸ El *Reichsgericht* habría podido invocar esa ley con fines de calificación, como ley a la que pertenece el poder de mandó en el momento mismo del libramiento de las letras de cambio en litigio, según lo hizo el Tribunal de Argel en su sentencia de 1899 relativa a los esposos Bartolo, súbditos malteses.²⁹

Pero inclusive sin seguir esa manera radical de extraer la calificación directamente de la ley extranjera provista del poder de mando, el *Reichsgericht* habría podido tenerla en cuenta mediante un razonamiento distinto.

27 Este fallo fué ya comentado por Franz Kahn en *Iherings Jahrbücher*, 30, p. 121. Entre los autores recientes, Ernst Frankenstein, t. I, p. 276, lo critica al combatir, a este propósito, la teoría clásica de las calificaciones por la *lex fori*; Georg Melchior (*Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*, p. 132, nota 2) lo comenta sin criticarlo, mientras que Hans Lewald (*Das Deutsche Internationale Privatrecht*, § 98) lo aprueba plenamente, como excelente aplicación de la teoría clásica de las calificaciones.

28 Acerca de la necesidad de la intervención de la ley y, por tanto, de la de adherirse a un sistema legal determinado, tratándose de convenios entre particulares, véase Philonenko, *Dissertation sous l'arrêt du Reichsgericht du 25 janvier 1932* (en *Journ. Droit Internat.*, 1933, p. 1022).

29 Tribunal de apelación de Argel, en *Journ. Droit Internat.*, 1891, pp. 1171 y ss.

La hipótesis en que descansa este fallo ha servido a Bartin para la introducción de su teoría de las calificaciones (cfr. *Principes*, t. I, pp. 221-223). Pero bueno es advertir que la solución del fallo se contrapone a esta teoría. Véase el comentario de dicha sentencia, en nuestra citada obra sobre el *Renvoi*, p. 31.

Habría podido decir: la prescripción es una cuestión de fondo según la ley alemana, *lex fori*; pero en este caso las cuestiones de fondo se rigen, conforme a las reglas sobre conflictos de la ley alemana, por la ley norteamericana; por consiguiente, le corresponde en definitiva a ésta calificar las reglas de la materia sometida a su imperio. El *Reichsgericht* habría podido entonces adoptar el punto de vista de la Corte de Casación de Francia en los fallos del asunto Forgo, cuando admitió la calificación, por la ley extranjera, de la noción del domicilio, desde el momento en que dicha ley resultó aplicable y aun cuando se remitiese a la ley francesa.³⁰ Sin duda que en esas sentencias la Corte de Casación de Francia se pronunció a propósito del reenvío; pero considerándola con atención, ¿la hipótesis en que se pronunció el *Reichsgericht* no presenta a la vez el problema de las calificaciones y el del reenvío? Ciertamente que plantear la cuestión de saber conforme a qué ley hay que determinar la naturaleza jurídica de la prescripción, significa plantear la cuestión de las calificaciones; pero admitir que según la ley norteamericana, ley aplicable, la prescripción es una institución procesal, es suscitar ante el tribunal que conoce del asunto, la cuestión de saber si debe o no aplicar según establezca la ley extranjera, una regla de la *lex fori*, considerada por la ley extranjera como regla de procedimiento.

¿No nos hallamos entonces ante el problema bien caracterizado del reenvío y no debiera su solución, tal como la admite la jurisprudencia, determinar la del problema de las calificaciones, con tanto más motivo cuanto que se trata de la ley que tiene el poder de mando.³¹

El Tribunal Supremo no ha seguido ninguna de esas vías, sino que ha aplicado con insistencia la calificación de la prescripción por la *lex fori*. En Derecho alemán, la prescripción es una institución de Derecho material, y esta concepción vincula *ne varietur* al juzgador alemán que conozca del asunto. Poco importa que la ley aplicable al fondo del litigio, o sea la ley norteamericana, la contemple como institución procesal: constituiría, sin duda, un error aplicar ante un tribunal alemán una regla de procedimiento extranjera, pero desde el momento en que una regla considerada como tal por la ley extranjera, es entendida de otro modo por la ley alemana,

30 Véase nuestro estudio sobre el proceso Forgo, en *Journ. Droit Internat.*, 1932, p. 281 y especialmente pp. 298 y ss. Por otra parte, esta jurisprudencia ha sido seguida por una serie de fallos de los tribunales franceses, salvo uno de la primera Cámara del Tribunal de Apelación de París, de 10 de marzo de 1929, que hubimos de criticar en el citado estudio, p. 306, nota 8.

31 Cfr. *La théorie du renvoi*, p. 150.

el juez no aplica una regla procesal. Semejante creación de la ley extranjera no es sino lo que es a los ojos del juez alemán. Poco importa que la calificación de la *lex fori* desnaturalice así la ley extranjera ni que le dé carácter distinto del que ella misma se atribuye; y el Tribunal Supremo no parece siquiera percibir que cabría preguntarse si la ley norteamericana, aplicada a sabiendas atribuyéndole un carácter que no es el suyo, y que proviene de una concepción extranjera que le es impuesta, continúa realmente siendo la ley norteamericana; y si ese conjunto fortuito de ideas jurídicas acopladas por el azar de las circunstancias que hicieron llevar el litigio ante este o aquel tribunal, merece por su incoherencia el nombre de ley.³²

El destino quiso que el problema fuese poco después examinado de nuevo por el *Reichsgericht*. En efecto, el 4 de enero de 1882.³³ el *Reichsgericht* dictaba sentencia en un asunto en que de nuevo se trataba de demandas formuladas ante los tribunales alemanes para el cobro de letras de cambio libradas en el Estado de Tennessee, donde asimismo se encontraba el lugar del pago.

Se creería que el *Reichsgericht* debía deducir de tales circunstancias, como en su fallo de 1880, la aplicación de la ley norteamericana a la prescripción; pero fué entregado al Tribunal Supremo un dictamen en el que esa aplicación fué combatida en virtud de argumentos derivados de la naturaleza jurídica de la prescripción en el Derecho norteamericano.³⁴

32 Cfr. en este orden de ideas el fallo del Tribunal de Lübeck (*Seufferts Archiv*, Band XIV, p. 164, núm. 107) reproducido en la citada obra de Philonenko sobre *La théorie du renvoi*, p. 169, nota 1, que subraya la necesidad de evitar que la ley extranjera aparezca como poseyendo este o aquel alcance según los azares que determinen su aplicación por los tribunales de tal o cual país, puesto que la ley extranjera debe aplicarse exactamente de la manera como la habrían aplicado los jueces de su propio país. Cfr., en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal civil de Florencia de 23 de junio de 1918, cuyo texto y comentario se encuentran en la mencionada obra sobre el reenvío, pp. 286 y ss.; Tribunal de apelación de Florencia de 23 de enero de 1919, *ibidem*, pp. 293 y ss.; Corte de casación de Nápoles de 5 de enero de 1920, *ibidem*, p. 308; véanse también las pp. 169 y ss. de la misma obra.

33 El fallo dice: "Según la opinión que prevalece en Alemania y a la que se ha adherido asimismo en repetidas ocasiones el *Reichsgericht*, la prescripción concerniente a una demanda no es una disposición procesal, sino que ha de considerarse como perteneciente a las reglas de fondo y, por tanto, la excepción basada en la prescripción de la acción debe apreciarse conforme al mismo Derecho que el que también rige la obligación en las demás relaciones...".

34 El autor del dictamen presentado ante el Tribunal expone... que las leyes sobre las prescripciones (*statutes of limitation*) no afectan al derecho de crédito co-

Veamos cómo se pronuncia desde entonces el *Reichgericht*. Ante todo, de acuerdo con su fallo de 1880, declara que la ley aplicable al fondo del litigio es la norteamericana; que tratándose de la excepción de prescripción, ésta ha de contemplarse conforme a las reglas de la ley que rija el fondo, puesto que la prescripción deriva del fondo del derecho según la ley alemana, que es la del juez que entiende del asunto. Este es precisamente el razonamiento del precedente fallo de 1880. ¿En dónde estriba,

mo tal, o sea que las *promissory notes* serían, al vencer el plazo de seis años, tan válidas como antes, ya que esas leyes atañen más bien a la acción de pago (*das Klagerecht—the remedy*), de suerte que el acreedor conserva su derecho a la acción, pero no puede ya ponerla en movimiento por la vía judicial en Tennessee, una vez producida la prescripción. Como cada Estado de la Federación norteamericana tiene su propia ley relativa a la prescripción, y como esas leyes difieren unas de otras, el acreedor tendría el derecho indiscutible, si el deudor, al marcharse de Tennessee, fuese a vivir en el Estado de Missouri, cuya ley fija un plazo de prescripción de diez años, de hacer valer en la vía judicial su derecho en este último Estado antes de que expire el plazo de diez años, mientras que no cabría intentar la acción en el Estado de Georgia sino durante cinco años.

Todas esas reglas dependerían de la *lex fori* y en modo alguno de la *lex loci contractus* (*alle diese Gesetze seien nämlich leges fori, nicht legis contractus*), y los tribunales de cada Estado decidirían según sus propias leyes relativas a la prescripción. El autor del dictamen extrae de ello la conclusión que en el caso de la consulta, la ley de Tennessee sobre la prescripción no podría, en general, ser aplicada, pero que con mayor razón habría de ser considerada como ley competente, la ley sobre prescripción en vigor en el lugar en que el proceso está entablado.

Sin embargo, si hubiese que entender esta conclusión en el sentido de que la acción de que se trata ha de someterse al Derecho alemán y a la prescripción trienal del artículo 100 *WO*, no podría ser admitida.

En efecto, la prescripción de un crédito no pertenece a su esencia (*die Verjährung der Forderung liegt an sich nicht in der rechtlichen Natur derselben*), sino que pertenece al Derecho positivo, y las prescripciones de créditos del Derecho alemán no deben considerarse ni como disposiciones procesales, ni como disposiciones de carácter absolutamente imperativo. El juez alemán no debe, por tanto, aplicar las prescripciones del Derecho alemán sino en relación a los créditos que estén, por lo general, sometidos a las reglas de fondo de la ley alemana, cosa que no sucede respecto de las demandas inherentes a las *promissory notes* en litigio, por ser la ley de Tennessee la que en rigor las rige. Si se acepta la conclusión del dictamen, según la cual la ley del Estado de Tennessee, y lo mismo sucede con las similares de otros Estados de la Unión, no son sino disposiciones procesales, la consecuencia será sin duda la de que conforme al Derecho norteamericano, únicamente la acción procedente del crédito estaría encerrada dentro de determinados límites de tiempo, pero que el crédito en sí, como por otra parte entiende el autor del dictamen, y como además confirma la certificación del cónsul alemán, no quedaría influido por el transcurso de la prescripción y en general, desde el punto de vista de

pues, la diferencia? Sencillamente, en que impresionado por la argumentación del dictamen que se le presentó acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción en el Derecho norteamericano, el *Reichsgericht* no cree posible imprimirle carácter jurídico distinto que el que le atribuye el Derecho que la crea. En los Estados Unidos, la prescripción es calificada como regla de procedimiento, y esa calificación no puede ser suplantada por la de la ley alemana. Una institución jurídica es lo que es conforme a la ley que la ha creado. Creación jurídica de una ley determinada, no puede ser sino lo que de ella ha hecho la ley que la ha creado, en cuya acción encuentra su única razón de ser en calidad de regla de Derecho. Tratándose, pues, de la prescripción de la ley norteamericana, hay que considerarla como tal; y cabría afirmar que el carácter jurídico que le imprime su ley creadora, debe imponerse *erga omnes*. Si conforme a la ley norteamericana es regla de procedimiento, no puede ser otra cosa respecto del extranjero que quiere

las reglas de fondo, no resulta afectado por la prescripción (*materiell also einer Verjährung überhaupt nicht unterliegen*).

De ahí se deduce, sin embargo, para el juez alemán, para quien la prescripción es una regla que deriva de las reglas de fondo, no la aplicación al caso de la prescripción a la que estén sometidos los créditos que radican en el lugar donde se ha entablado la presente demanda, sino más bien la obligación de rechazar la excepción emanada de la prescripción; y ello, de un lado, porque una disposición procesal obligatoria para los tribunales de Tennessee no podría ser obligatoriamente impuesta a los jueces alemanes y, de otro, porque la prescripción del Derecho alemán, disposición del fondo del Derecho y no extremo procesal, no podría ser aplicada a los créditos litigiosos que tienen su sede en el extranjero.

Las reglas de fondo del Derecho vigente en Tennessee, para las cuales la prescripción de las obligaciones contraídas en dicho Estado debe apreciarse según la ley del lugar en que esas obligaciones son invocadas ante los tribunales, no podrían ser tomadas en cuenta, desde el momento en que de acuerdo con la concepción del Derecho en Tennessee, la prescripción es una disposición procesal, que deja subsistir íntegro el derecho de crédito en sí (*Ein materieller Rechtsatz der in Tennessee geltenden Rechte des Inhaltes, der die Verjährung der in diesem Staate entstandenen Verbindlichkeiten nach dem Gesetze des Ortes, wo sie eingeklagt werden, zu beurteilen ist, lässt sich, wenn der dortigen Auffassung zufolge die Verjährung ein prozessuales, die Forderung selbst unberührt lassendes Institut ist, nicht annehmen*).

Invocando las decisiones del *Reichsgericht* que figuran en el tomo II, página 13 (cfr. *supra*, nota 26), los jueces de fondo rechazaron la conclusión del dictamen, por la sencilla razón de que los principios procesales y las concepciones jurídicas del Derecho vigente en el Estado de Tennessee (*Die in Tennessee geltenden prozessualen Grundsätze und Auffassungen*) no vinculan al juez alemán.

aplicar dicha ley. Y de ahí que el *Reichsgericht* rechace la excepción de prescripción.

Resulta, sin duda, extraño que en materia de conflicto de leyes un crédito que quedaría afectado por una prescripción más o menos corta, según cuál de las dos leyes en pugna hubiese sido aplicada, se convierta en imprescriptible.³⁵ Sin embargo, esa impresión de singularidad disminuye, de un lado, en gran medida por la tesis doctrinal sustentada por el *Reichsgericht* de que la prescripción no pertenecería a la esencia de la obligación, sino que constituiría el efecto de la ley positiva por sí sola y que, por tanto, la imprescriptibilidad, concebible en sí, no constituiría un absurdo que, considerado en sí mismo, debería condenar el razonamiento, del que es la consecuencia lógica.

Por otra parte, el fallo da muestras de una comprensión profunda de los fundamentos mismos del Derecho internacional privado, tal como los concebimos, por lo menos, ya que es la manifestación de la tesis de que jurídica y válidamente sólo puede calificar quien puede legislar. Ahora bien: desde el momento en que una ley es reconocida como aplicable a una determinada relación de Derecho, son únicamente las calificaciones de esa ley las que pueden jurídicamente ser tenidas en cuenta.³⁶

Pero si se acepta esa calificación de la ley norteamericana según la cual la prescripción es una regla procesal, el problema de Derecho internacional privado a resolver se reduce, en el fondo, al del reenvío. Ciertamente que el *Reichsgericht* no ha hablado de él *in terminis*, porque la teoría como tal no era aún conocida en 1882,³⁷ pero implícitamente ha seguido el razonamiento que le es propio. ¿Cuál es, en efecto?

La ley de Tennessee, que es la aplicable, considera que la prescripción, en cuanto regla de procedimiento, emana de la *lex fori*. En nuestro

35 Esta solución ha sido vivamente criticada en la doctrina alemana, principalmente por nuestro sabio amigo Frankenstein, *ob. cit.*, p. 276: "*Erst im zweiten Falle* (R. G. 14 Jan. 1882, Bd. 7, 21) *sag das Reichsgericht mit entschlossener Folgerichtigkeit unbekümmert über das offenbar sinnwidrige Ergebnis, die Folgerungen aus seiner Auffassung: es verwarf die Einrede der Verjährung, obwohl sich nach beiden Rechten begründet war*". Asimismo Hans Lewald, *ob. cit.*, § 98, otorga toda su preferencia al modo de ver de la sentencia de 1880 (*supra*, nota 27)). Por último, Melchior, *ob. cit.*, p. 132, si bien expone la solución del fallo, no toma partido respecto de la solución que contiene: probablemente es una manifestación del espíritu "positivista" de su notable obra.

36 Véase *supra*, nota 19.

37 El proceso Forgo, que llamó la atención general sobre el reenvío, duró desde 1876 hasta 1884; véase nuestro precitado estudio, *supra*, nota 30.

caso, habiendo sido la ley de Tennessee declarada aplicable por los tribunales alemanes llamados a conocer del litigio, la situación es, desde el punto de vista jurídico, por completo similar a la hipótesis clásica del reenvío, cuando, por ejemplo, la ley reconocida aplicable hace regir el estatuto personal por la ley del domicilio y éste se encuentra fuera del territorio gobernado por la ley reconocida aplicable. Como toda regla que implique reenvío, ésta ha de descomponerse en dos proposiciones de desigual valor jurídico.³⁸ De un lado, la ley extranjera aplicable, concretamente: la ley de Tennessee, al considerar la prescripción como emanada del procedimiento, limita por ello mismo la aplicación de sus reglas a los litigios que se ventilen ante sus propios tribunales.

Creemos haber demostrado en otra obra, a la que nos remitimos,³⁹ que constituye derecho indiscutible de cada soberanía el de querer limitar la acción de sus propias instituciones a su propio territorio. Así, pues, la ley de Tennessee sobre la prescripción, no podría extenderse fuera de su territorio.⁴⁰ Es la primera proposición que deriva de la teoría del reenvío y es aceptada por el *Reichsgericht* cuando declara inaplicable la prescripción del Estado de Tennessee a las letras de cambio en litigio. Pero en cuanto a la segunda proposición, ella consiste en que la ley de

38 Véase acerca de este punto Philonenko, *Théorie du renvoi*, p. 69 y ss.

39 *Ob. cit.*, pp. 49-53.

40 El *Reichsgericht* ha sostenido una solución exactamente igual en su sentencia de la primera Cámara civil de 18 de mayo de 1889 (*Entscheidungen*, Bd. 24, pp. 383 y ss.) al rechazar la excepción basada en la prescripción del Derecho inglés. Sin embargo, el razonamiento en que el *Reichsgericht* ha motivado su decisión no podría ser íntegramente aprobado. Sin duda ha de descartarse la aplicación de la prescripción, dado el carácter de *limitation of action* que le atribuye el Derecho inglés; es, pues, siguiendo la calificación inglesa, lo que es exacto, como el *Reichsgericht* determina el carácter de esa institución del Derecho inglés. Mas siendo ello cierto, el *Reichsgericht* la declara inaplicable por los tribunales alemanes, no porque dicha institución esté limitada por el Derecho que la ha creado en las fronteras de su propio territorio, sino porque los tribunales alemanes no podrían aplicar las reglas procesales de una ley extranjera. Sin embargo, ese modo de razonar significa perder de vista el carácter esencial del problema y fijarse tan sólo en su aspecto accidental. Sin duda alguna pertenece al legislador alemán no admitir ante sus tribunales la aplicación de reglas de procedimiento extranjeras, pero asimismo le incumbe admitirlas. Mas lo que por entero escapa a su poder es aplicar en Alemania las disposiciones de leyes extranjeras limitadas por éstas a su propio territorio. Este es el motivo esencial que impide aplicar en Alemania la prescripción de Derecho anglosajón. Cfr. el análisis de este fallo por G. Melchior, *ob. cit.*, p. 133.

Tennessee pretende poner en movimiento la ley sobre la prescripción del lugar en que el litigio se ha entablado. Pese a la soberanía extranjera, ¿tiene la ley extranjera el derecho a disponer así de una legislación distinta de la suya? Desde luego que no. El *Reichsgericht* habría podido llevar a su fallo su negativa persistente de aplicar la prescripción de la ley alemana, basándose en el principio de la independencia de las soberanías diferentes, fundada en el reconocimiento de su poder de mando ejercido legítimamente en los dominios de sus respectivas soberanías espirituales. Se detuvo en una solución teóricamente menos fuerte, aferrándose a las peculiaridades del debate suscitado ante él y especialmente a que la prescripción de la ley alemana no sería una institución procesal, sino una regla de fondo del Derecho.

Sea lo que fuere de este matiz del razonamiento, las letras de cambio litigiosas se han vuelto imprescriptibles a causa de la inaplicabilidad de la prescripción, tanto de la ley norteamericana como de la alemana, y ello, por serias razones jurídicas que resisten el análisis, y que emanan de una profunda comprensión de los principios que rigen los conflictos de leyes. Esas letras fueron, pues, declaradas imprescriptibles, o lo que es lo mismo, han sido declaradas *nullis legis* en lo referente a la prescripción.⁴¹ El error del *Reichsgericht* consiste en haberse detenido en esa fase de su razonamiento y en no haberse planteado la cuestión de saber si dicha situación no tenía solución y si no cabría subsidiariamente, por así decirlo, ligar esos créditos *nullis legis* en cuanto a la prescripción, con algún sistema jurídico determinado. Nos reservamos examinar este punto, pero el *Reichsgericht* no lo hizo, y fué frente a ese estado de la jurisprudencia que se encontró el Tribunal Supremo del Imperio cuando dictó su sentencia de 6 de julio de 1934.⁴²

El *Reichsgericht* declara, sin duda, en ese fallo que no está ligado por sus decisiones anteriores dictadas antes de la promulgación del *B.G.B.* (código civil) y de los principios de Derecho internacional privado puestos después en vigor. Pero si esa comprobación le aseguraba una libertad formal en cuanto a la elección de la solución, no es menos cierto tampoco que no haciendo las reglas de Derecho internacional privado contenidas en la ley de introducción al *B. G. B.* alusión alguna a la prescripción, era completamente natural que esos fallos precedentes mereciesen toda su atención.

41 Philonenko, *ob. cit.*, p. 71.

42 *Journ. Droit Internat.*, 1935, pp. 1190 y ss.

¿Cómo ha razonado el *Reichsgericht*? Advirtamos, ante todo, que en el litigio en que fué llamado a pronunciarse el Tribunal Supremo, se trataba de una hipótesis idéntica en Derecho a la de las sentencias de 1880 y de 1882. Consistía en apreciar la excepción basada en la prescripción de las letras de cambio cuyo cobro se demandaba en Alemania, pero que habían sido libradas en Londres y que, según se reconoció, estaban regidas por la ley inglesa en cuanto a las cuestiones de fondo del derecho.

Así las cosas, el *Reichsgericht* investiga la naturaleza jurídica de la prescripción y comprueba, ante todo, que de acuerdo con la doctrina alemana y con la jurisprudencia inglesa, la prescripción viene considerada como institución procesal y que las reglas de fondo del Derecho inglés no contienen disposición alguna referente a la prescripción.⁴³ El *Reichsgericht* expone en seguida con detalle las sentencias de 1880 y de 1882 y reconoce que en el estado actual del Derecho alemán, la determinación de la ley aplicable ha de depender de la solución que se dé a la cuestión preliminar, a saber, si la prescripción es una institución procesal o de fondo del derecho.⁴⁴ Ahora bien: esta cuestión previa ha de resolverse según el Derecho alemán.⁴⁵ Por consiguiente, hasta este importante pun-

43 "Das sachliche englische Recht keine Verjährungsvorschriften enthalte, da die Verjährungseinrede ein reines Processinstitut sei". En apoyo de su solución, el *Reichsgericht* ha invocado el fallo de su primera Cámara de 21 de noviembre de 1910, reseñado en la *Juristische Wochenschrift* de 1911, p. 148: "Auf diesem Standpunkt steht auch die von. I. Zivilsenat nach Einführung des neuen Rechts erlassene Entscheidung in JW. 1911, p. 148". Pero cuando se contempla más de cerca este fallo, se advierte sin dificultad que no cabe hablar de su "Standpunkt" a propósito de un problema que en manera alguna ha examinado. ¿Qué dice la sentencia de 1910? "Los jueces del fondo han partido, con razón, del principio de que la excepción de prescripción debe ser apreciada conforme al Derecho reconocido como aplicable al derecho de crédito mismo. Pero la conclusión a la que llega la Corte de apelación de que ese Derecho sería el alemán, no puede aceptarse". El *Reichsgericht* declara en seguida que es la ley norteamericana la que debe ser aplicada al fondo del litigio, pero no se preocupa lo más mínimo de la economía de dicha ley con relación a la prescripción, cuestión en torno a la cual giraba el debate en los fallos de 1880 y de 1882 y que fué también examinada en el fallo de 1889 (*supra*, nota 40). Ese defecto de la sentencia no escapó, por otra parte, a Ernst Frankenstein, t. I, p. 277, nota 8.

44 Auch für das heutige Recht ist die Frage, ob die Verjährung nach dem im übrigen für das Rechtsverhältnis geltenden sachlichen Rechte zu beurteilen sei, vor der Vorfrage abhängig ob die Verjährung eine Einrichtung des sachlichen Rechts oder nur eine solche des Prozessrechts sei.

45 Diese Vorfrage ist nach deutschem Recht zu entscheiden.

to el *Reichsgericht* no se aparta en nada del parecer sustentado por los fallos de 1880 y de 1882. La cuestión de la calificación se plantea como preliminar y se resuelve según las reglas de la *lex fori*. ¿Cuáles serán las consecuencias que el *Reichsgericht* sacará de ello? Pero conviene que el juez alemán aplique a las letras de cambio litigiosas la prescripción de la ley extranjera, ley que de acuerdo con las reglas de Derecho internacional privado, rige en su conjunto la relación de derecho debatida.⁴⁶ El Derecho extranjero debe ser aplicado al conjunto de esa relación de derecho, porque no cabría aplicar a una relación de derecho, en parte reglas de fondo de una ley extranjera y en parte las del Derecho alemán.

Después de haber demostrado que la prescripción alemana no podría ser aplicada en virtud de la idea del orden público internacional (art. 3 *EG. BGB.*) sino en el caso de que la ley extranjera normalmente aplicable no conociese prescripción alguna relativa a la relación de derecho litigioso, el *Reichsgericht* retorna a su tesis y declara que conforme a la finalidad del Derecho internacional privado, el deudor debe quedar sometido en todo lo posible al Derecho a que él mismo esté sujeto, o a aquel a que se le considere sometido en virtud de principios generales. Se llegaría, por tanto, a una solución exacta si respecto de la prescripción se partiese de su concepción según el Derecho alemán y si al aplicar la prescripción extranjera no se preocupase de que conforme a la concepción de la ley extranjera, la prescripción aparece como una regla procesal.⁴⁷ De ese modo, sin aportar un solo argumento en su apoyo, el *Reichsgericht* retorna mediante tales afirmaciones a la doctrina del fallo de 1880, sin detenerse en las consideraciones que la llevaron a apartarse de ella en 1882 y en 1889.⁴⁸ Es la calificación de la *lex fori* la que debe dominar el conjunto del litigio sometido a la apreciación de un tribunal alemán, aun cuando sea la ley extranjera la llamada a regir el fondo de la relación

46 En este punto la sentencia de 1934 está conforme con la de 1910: cfr. *supra*, nota 43.

47 *Entsprechend dem Zweck des internationalen Rechts, dass der Schuldner möglichst weitgehend nach dem Recht beurteilt werden soll, dem er sich unterworfen hat oder dem er nach allgemeinen Grundsätzen unterworfen ist, wird man zu einem richtigen Ergebnis kommen, wenn man bei der Frage der Verjährung einheitlich von dem Begriffe dieser Rechtenrichtung nach deutschem Recht ausgeht und nicht deshalb von der Anwendung des fremden Verjährungsrechts absieht, weil die Verjährung sich nach der juristischen Konstruktion des ausländischen Rechts als Prozesseinrichtung darstellt.*

48 *Supra*, nota 40.

litigiosa. Pero sin duda al darse cuenta de que semejante modo de discutir no arrastra necesariamente a la convicción, y de que existe diferencia —con frecuencia olvidada— entre el legislador, que puede obrar mediante reglas imperativas y no motivadas, y los tribunales, incluso los que se encuentran en la cima de la jerarquía judicial, que deben siempre motivar su modo de ver y que no deben nunca proceder por vía de afirmación, el *Reichsgericht* formula subsidiariamente otras consideraciones, las cuales, en verdad, más tienden a hacer desaparecer el problema en el caso concreto que a darle solución. Si se fuese al fondo del asunto, ¿no se observaría que pese a la diferente construcción jurídica que se les da en sus respectivos Derechos, las prescripciones del Derecho anglosajón y del alemán se parecen mucho en su finalidad y en su naturaleza?⁴⁹ En los dos Derechos, las excepciones basadas en la prescripción se refieren en parte al procedimiento y en parte al fondo del Derecho. Aun cuando la prescripción del Derecho alemán afecte al fondo del Derecho (*dem sachlichen Recht angehören*) y determine el derecho de rehusar la ejecución de una obligación, sirve sin embargo, lo mismo que la del Derecho anglosajón, sobre todo para rehusar al actor la protección judicial de su derecho. Las causas de suspensión y de interrupción de la prescripción en Derecho alemán se ligan también parcialmente en él a hechos que dependen del procedimiento. Igualmente, la prescripción en Derecho alemán no debe asimilarse a los otros medios de derecho, como la compensación, que produce la extinción del derecho. Por otra parte, la negativa de la protección jurídica por el Derecho anglo-norteamericano en virtud de la inacción del acreedor, tiene como efecto una restricción al fondo de su derecho, semejante a la del § 222 del *B.G.B.* Por último, incluso en los sistemas jurídicos en los que la prescripción es contemplada como una institución procesal, la interrupción o la suspensión de la prescripción se acuerda cuando surgen obstáculos a la persecución del crédito, y especialmente en Derecho norteamericano, la prescripción se interrumpe durante el tiempo en que el demandado se encuentra fuera del territorio norteamericano.⁵⁰

Por tales razones, el *Reichsgericht* se adhiere a la opinión de Franz Kahn (*Iherings Jahrbücher*, tomo 30, pp. 1 y ss.) de que incluso las disposiciones de las leyes extranjeras que consideran la prescripción como

49 *Ihrem Wesen Zweck nach doch verwandt.*

50 Véase el texto de la sentencia, en *Journ. Droit Internat.*, 1936, pp. 1190 y ss.

institución procesal, y que los tribunales aplican como tales, influyen, sin embargo, sobre el fondo del derecho, y su efecto no se distingue en nada a este propósito de los efectos de la prescripción del Derecho alemán; y el *Reichsgericht* concluye que, por tanto, no hay obstáculo para la aplicación por los tribunales alemanes de las reglas de prescripción de una ley extranjera.

Tales son las consideraciones subsidiarias del *Reichsgericht*, bastante confusas al mismo tiempo que inexactas, pero sin dejar de presentar un interés teórico evidente. Son bastante confusas, porque no ofrecen criterio alguno para la solución de las dificultades de tal o cual clase. Ante todo, ¿no declara el *Reichsgericht* que las prescripciones del Derecho anglosajón y del Derecho alemán producen efectos prácticamente idénticos; que el resultado esencial de la prescripción es la negativa de protección judicial de su derecho, con la que tropieza el acreedor; que, por otra parte, su acción es suspendida o interrumpida por razones idénticas; que, por tanto, esa identidad de efectos debe conducir a una similitud de naturaleza jurídica? La prescripción anglo-norteamericana, por mucho que sea una institución procesal, no deja de influir sobre el fondo del derecho; viceversa: la prescripción del Derecho alemán, institución del fondo del derecho, tiene repercusiones importantes sobre el procedimiento.

Pero de ser así, ¿por qué haber declarado en la parte principal del fallo relativa a la prescripción, que de acuerdo con la concepción del Derecho alemán, ésta es una regla de fondo del derecho y haber edificado sobre esa base la solución del conflicto de leyes? Se tiene la impresión de que el *Reichsgericht* tiende menos a demostrar que la prescripción de Derecho alemán posee también rasgos de regla de procedimiento que a persuadir de que la prescripción anglo-norteamericana es también en parte una regla de fondo. La trayectoria de los pensamientos del *Reichsgericht*, trayectoria instintiva, emocional por decirlo así, determinante de sus razonamientos y que los configura conforme a una idea preconcebida, que en el fondo se basa en un sentimiento nacional, parece ser ésta: la prescripción del Derecho alemán viene definida como una institución de fondo, aunque se admita que pueda tener algunos rasgos de institución procesal; la prescripción norteamericana, en cambio, viene definida como una institución procesal; pero tiene efectos que la aproximan a la prescripción del Derecho alemán. Ahora bien: lo que importa deducir de ello es que la prescripción norteamericana es también, aunque sea sólo en parte, una institución de fondo. La definición alemana permanece inalterable, pero la definición

extranjera es plegada y desarticulada en provecho de aquélla, pese a que el *Reichsgericht* no señala rasgo alguno que caracterice como de fondo disposición alguna en las reglas de prescripción anglo-norteamericanas. Basta con que algunas de sus reglas sean semejantes a las de la prescripción alemana, institución de fondo por definición, para que la prescripción anglo-norteamericana pueda ser considerada como institución de fondo.

Pero si esa asimilación de instituciones concebidas de distinto modo en sistemas de Derecho diferentes no era realizable, y si acusaban caracteres jurídicos netamente diversos, ¿cuál habría de ser la solución? ¿La de la calificación de la *lex fori*, indicada en la argumentación principal del fallo y que a todas luces fué considerada insuficiente por los magistrados mismos que dictaron el fallo? Por otra parte, ¿esa aproximación de la prescripción del Derecho anglosajón y del alemán, es exacta? La premisa necesaria de esa aproximación es la afirmación del carácter de institución de fondo del Derecho alemán. ¿Pero es justa?

Al declarar que la prescripción es una institución de fondo, el *Reichsgericht* ha debido, a no dudarlo, tener presente en su espíritu el § 194 del *BGB.*, que es el primero de la sección 5ª, titulada *Verjährung* (prescripción): § 194: "El derecho de demandar a alguien que haga o deje de hacer alguna cosa, está sometido a prescripción".⁵¹

Tomado aisladamente, ese texto permitiría, sin duda, sostener el carácter de institución de fondo de la prescripción. El derecho de demandar la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer queda afectado por él. No será, por tanto, posible hacer valer el derecho afectado por la prescripción ni mediante acción ante los tribunales ni, en general, mediante compensación⁵² ni mediante excepción, por lo menos en materia de obligaciones contractuales.⁵³

Sin embargo, el propio *Reichsgericht* hace observar que esa repercusión sobre el fondo del derecho no es lo mismo, por ejemplo, que una compensación, la cual produce una verdadera extinción del derecho de crédito. Para percatarse de ello hace falta, sobre todo, referirse al § 22 del *BGB.*, cuyo primer apartado dispone: "Una vez producida la pres-

51 *Das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.*

52 Salvo la hipótesis del § 390 *BGB.*

53 Cfr. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, de Ennecerus, Kipp y Martin Wolff, § 218, II, I b) y V, 2.

cripción, el obligado tiene el derecho de negarse a la ejecución", afirmación que no es sino una perifrasis del § 194. Pero sigue el segundo apartado: "Lo hecho para satisfacer un crédito prescrito no podrá ser repetido, incluso cuando esa ejecución se hizo con ignorancia de la prescripción."⁵⁴

Así, pues, en Derecho alemán es perfectamente válido el pago de una obligación prescrita. Y adviértase bien: la validez de ese pago no está subordinada a ninguna otra condición que a la existencia de una deuda; el derecho de crédito subsiste, pues, íntegro; considerado en sí mismo, no experimenta disminución alguna. El Derecho alemán sigue aquí la concepción del Derecho romano,⁵⁵ en contraste con el Derecho francés,⁵⁶ del que mostramos ya el diferente carácter.

Por otra parte, en apoyo de las deducciones a las que conduce el examen de ese texto fundamental, resulta interesante destacar que la prescripción no se incluye por el *BGB.* entre las causas de extinción de las obligaciones:⁵⁷ es tanto más difícil de ver en ella, con el *Reichsgericht*, una institución de Derecho sustantivo, si se agrega a los argumentos deducidos de los términos del § 222, apartado segundo, la disposición del § 812, que se encuentra en el título sobre el enriquecimiento sin causa (*Unberechtigte Bereicherung*).

"Quien en virtud de prestación de otro o de cualquiera otro modo obtiene a su costa alguna cosa sin tener derecho a ella, está obligado respecto de él a la restitución. Dicha obligación existe incluso en el caso de que el derecho a la prestación que existía con anterioridad, desaparezca posteriormente..."⁵⁸

Una prestación hecha sin que tenga como base un derecho de crédito, engendra, por parte de quien se haya beneficiado de ella, el deber de restituir, y ello, inclusive en la hipótesis en que el derecho de crédito que existía

54 *Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist.*

55 Dig. XII, VI 64.

56 Cód. civ. francés, art. 1235, apartado segundo.

57 *BGB, Zweites Buch, Dritter Abschnitt, Erlöschen des Schuldverhältnisses, Erster Titel, Erfüllung, §§ 362-371; Vierter Titel, Erlass, § 397.*

58 *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann wenn der rechtliche Grund später wegfällt.*

con anterioridad haya desaparecido después. Sin embargo, como acabamos de ver en el § 222, apartado 2º, el pago de una deuda prescrita no está sujeto a repetición. Si el derecho de crédito prescrito tomado en sí mismo quedase realmente afectado, esa sería precisamente la hipótesis de la prestación en virtud de un derecho de crédito que existió originariamente pero que ha desaparecido en virtud de la prescripción, prevista por el § 812, y la prestación habría de restituirse, cosa que, sin embargo, no sucede en la hipótesis de prescripción. ¿Cómo admitir, por tanto, que en el Derecho alemán el derecho substantivo quede afectado por la prescripción?

Pero hay más. La disposición final del § 222 dice: "Lo mismo (es decir, la validez de la prestación en virtud de un crédito prescrito) sucede en el caso de reconocimiento contractual, así como en el de prestación de garantía por el obligado."

Relacionese, ante todo, esta disposición en lo concerniente a la validez del reconocimiento contractual de un crédito prescrito, con el apartado segundo del § 812: "Se asimila a la prestación del reconocimiento contractual de la existencia o de la inexistencia de una deuda."⁵⁹

De ese modo, el reconocimiento contractual de un crédito inexistente puede ser atacado, según el Derecho común, como falta de fundamento jurídico. Si, por consiguiente, el reconocimiento de un crédito prescrito no podría ser atacado por el mismo motivo, la conclusión lógica necesaria es la de que no carece de ese fundamento jurídico, que no resulta afectado por la prescripción.

El crédito prescrito puede también servir de base a una garantía, según establece el § 812 del BGB. Pero a fin de comprender mejor la naturaleza de esta disposición, consideremos los §§ 1223 y 223, el primero de los cuales expresa una regla de Derecho común relativa a la prenda, y el segundo la misma regla en orden a la prescripción.

El § 1223 dice, ante todo: "Una vez extinguido su derecho de prenda, el acreedor prendario habrá de restituir la prenda al deudor".⁶⁰ El derecho de retener la prenda, derecho accesorio del crédito principal, desaparece con la extinción de éste. Tal es el Derecho común. Pero el § 223 afirma: "La prescripción de un crédito garantizado con hipoteca o prenda, no

⁵⁹ Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

⁶⁰ Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben.

impide el derecho del acreedor para intentar cobrarse sobre el bien hipotecado o prendado".⁶¹

¿Qué deducir de ello? ¿No se llega siempre a la misma conclusión? La prescripción no afecta el fondo del derecho. ¿Habría sido posible la realización de la prenda, si el derecho de crédito se hubiese extinguido por la prescripción? En virtud de todas esas consideraciones, sacadas de diferentes disposiciones del código civil alemán, cabe tener dudas legítimas acerca del fundamento de la teoría del *Reichsgericht* referente a la naturaleza jurídica de la prescripción. En el Derecho alemán, la naturaleza jurídica de la prescripción aparece compleja, y si considerásemos una por una las diversas prescripciones breves establecidas tanto por el § 196 del *BGB.* como por otras disposiciones de la legislación alemana, podríamos demostrar, sin duda, que aun presentando un conjunto más homogéneo en cuanto a su naturaleza jurídica que las prescripciones breves del Derecho francés, tienen también por fundamento elementos bastante dispares.⁶²

61 *Die Verjährung eines Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht eine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.*

62 *Die Verjährung ist indes nicht für alle Rechtsverhältnisse gleichmässig gestaltet. Von einer allgemeinen Verjährungslehre ist daher, wenngleich einzelne Erscheinungen bei verschiedenen Verjährungsarten wiederkehren, abzusehen...*, advierten con razón Ennecerus, Kipp y Martin Wolff, *ob. cit.*, § 210, I. Sin acometer una justificación más amplia de esta tesis, cabe brevemente señalar que las prescripciones cortas de las obligaciones derivadas del comercio jurídico, previstas por las diversas disposiciones del § 196, descansan a la vez en la consideración del interés del deudor, que puede tropezar con dificultades para reunir las pruebas con que oponerse a las demandas tardías e injustificadas, y el interés general de no permitir la acumulación de deudas durante largos períodos, susceptible de comprometer el patrimonio de los interesados (cfr. los autores precitados, § 211, II); que, por otra parte, la prescripción treintenaria del crédito derivado del daño causado por un hecho ilícito, que corre a partir del momento en que el hecho dañoso y el nombre de su autor llegan al conocimiento de la víctima, y ello sin perjuicio de la prescripción treintenaria del Derecho común, debiera apoyarse en la renuncia presumida de la acción reparatoria (§ 85). Por último, parece que el propio *Reichsgericht* admite, aunque sólo sea implícitamente (*Entscheidungen*, t. 62, p. 179, cit. por Ennecerus, *ob. cit.*, § 214, I, I, nota 5), que la entrega y la aceptación de la mercancía después de la expiración del plazo de dos años, a contar de la celebración del contrato, eliminan la prescripción treintenaria prevista por el § 196, n° I, *BGB.*, en virtud del reconocimiento tácito de la falta de pago que esos hechos implican. ¿No resultaría de ello que dicha disposición no sería ajena a la presunción de pago?

Agreguemos ahora que esa pretendida uniformidad del concepto de prescripción tampoco existe en el Derecho anglosajón. En efecto, según un importante fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1839 (Mc-Elmoyle contra Cohen),⁶³ la prescripción de la acción para ejecutar sentencias de condena, consumada al cabo de veinte años, se funda en el *Common law* sobre la presunción de pago. Por consiguiente, a los ojos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la prescripción aparece, por lo menos en ese caso, no como una regla de procedimiento en sí misma y que determine falta de acción, sino como una institución de fondo, que presupone la extinción del derecho mediante el pago y de la cual la falta de acción no sería más que la consecuencia.

Pero por muy criticables que sean los razonamientos del *Reichsgericht* desde el punto de vista del Derecho interno alemán, presentan un indiscutible interés en orden al Derecho internacional privado. ¿Cuál es, en efecto, su finalidad? Pues la de evitar la objeción de que la prescripción del Derecho inglés, institución calificada por la ley inglesa de regla procesal, se aplicaría conforme a la calificación del Derecho alemán, como regla de fondo. Si el conflicto de calificaciones queda zanjado en la primera parte del fallo a favor de la calificación alemana, y sin en ese punto la sentencia de 1934 sigue a la de 1880, por lo menos el *Reichsgericht* se da cuenta de los inconvenientes de dicha solución, que influyeron sobre la de 1882, e intenta salvarlos mediante la supresión —por supuesto, a favor de la ley alemana— de tal conflicto. El interés del fallo de 1934 consiste, por tanto, en haber percibido el problema, que por lo que respecta al conflicto de calificaciones ha resuelto como en 1880, sin haber tomado en consideración, en principio, la economía de la ley extranjera; subsidiariamente se ha preocupado de suprimirlo, pero en cualquier forma en que intente eludirlo, el problema teórico queda en pie.

III

El problema sigue, pues, en pie. No hemos encontrado en la jurisprudencia una solución satisfactoria de la cuestión relativa a la ley aplicable a la prescripción extintiva. Sin embargo, el trabajo de crítica a que nos hemos entregado, al descubrir los elementos jurídicos del problema, tanto

63 (El texto correspondiente a esta nota no figura en el original francés. Nota del traductor).

desde el punto de vista de diversos sistemas legislativos internos, como desde el del Derecho internacional privado, nos permite proponer los principios para la solución.

Nos hemos convencido de que, en principio, es imposible buscar en materia de prescripción una solución uniforme y encontrar una ley a la que la prescripción quede siempre subordinada. No parece que la prescripción tenga naturaleza jurídica homogénea en el cuadro del Derecho interno. En efecto, la prescripción aparece a veces como una institución jurídica en sí misma, cual sucede con la del Derecho común, *longissimi temporis prescriptio* del Derecho romano, prescripción treintenaria del Derecho francés (art. 2262 cód. civ.), alemán (§ 195 *BGB.*) e italiano (art. 2135 cód. civ.)

A veces, en cambio, se trata de diversas prescripciones cortas adscritas a relaciones jurídicas de índole especial, basadas en razones singulares, determinadas por la economía propia de cada una de esas instituciones íntimamente ligadas a ellas y que, por tanto, carecen por completo de funcionamiento propio e independiente respecto de tales instituciones.⁶⁴

En el terreno de los conflictos de leyes, la prescripción del Derecho común, la treintenaria, debe, de acuerdo con su naturaleza de medida de paz y de tranquilidad general, de regla de policía civil, independiente de la índole particular de los derechos afectados por ella, incluirse en la categoría de las leyes de policía y de seguridad en el sentido del artículo 3, § 1, del código civil francés. Para que así suceda, es indiferente que se la considere en Derecho interno como una regla de fondo ante todo, como a nuestro entender ocurre con la prescripción treintenaria del Derecho francés, o cual regla procesal, según vimos que acontece en el Derecho alemán. * En sí misma, es una regla de policía civil,⁶⁵ sin que para ello sea necesario que se la clasifique previamente entre las reglas procesales, las cua-

64 Cfr. Bartin, *Principes*, t. I, p. 43, por lo menos respecto de algunas prescripciones, principalmente las basadas en la presunción de pago o en la de confirmación de un acto nulo.

* (Así dice el original francés, pero entendemos que ha querido referirse al "Derecho anglosajón", según se desprende de todo el artículo. *Nota del traductor*).

65 Cfr. nuestra disertación aprobatoria del fallo de la Corte de Bruselas, en *Journ. Droit Internat.*, 1934, p. 462, que clasificó la obligación de prestar pensión alimenticia, en la categoría de las leyes de policía y de seguridad. Véase, sin embargo, L. de Voës, quien ha combatido nuestra doctrina en la *Revue de Droit Belge Comparé*, 1934.

les, a nuestro entender, entran también, conforme a su propio carácter, en las leyes de policía y seguridad.⁶⁶

Cierto que la ley local coincidirá en tales casos con la *lex fori*; pero dado su verdadero carácter en materia de conflicto de leyes, o sea el de ley de policía y de seguridad, hay que diferenciar cuidadosamente las reglas referentes a la prescripción y las procesales relativas al oficio de juez.⁶⁷ Esta puntualización permite no tropezar con una objeción considerada como realmente embarazosa, según confesión del propio Bartin, y que consiste en afirmar que si la prescripción fuese en rigor una regla procesal ligada al oficio de juez, debería poder ser aplicada por los tribunales a iniciativa propia, cuando precisamente en el Derecho común europeo (art. 2223 cód. civ. francés, § 222 BGB., art. 142, cód. de las obligaciones suizo, art. 2109 cód. civ. italiano) la facultad de ampararse en la prescripción queda reservada a las partes en litigio, con exclusión de los jueces que conozcan del mismo.

Esa objeción, que sería muy seria si la prescripción fuese considerada como regla procesal determinante del oficio del juez, pierde su fuerza cuando se la clasifica entre las reglas de policía civil. Dichas reglas, que constituyen los medios de seguridad para los particulares, no se destinan, sin embargo, a crearles una especie de ventura forzosa, al igual que en las demás materias pertenecientes al mismo dominio (por ejemplo, el de la responsabilidad civil o el de la obligación alimenticia), porque si bien la ley prohíbe renunciar de antemano a la acción de daños y perjuicios o a la demanda de pensión alimenticia, del mismo modo que se prohíbe renunciar de antemano a la prescripción; siempre cabe no recabar la reparación del daño sufrido, o no demandar la pensión alimenticia, o no invocar la prescripción.

Por consiguiente, nada impide ligar la prescripción treintenaria a la *lex fori*, a la ley del tribunal, concretamente a la ley francesa en cualquier litigio que se ventile ante un tribunal francés. En tal caso, la solución del conflicto de leyes es sencilla y directa. La *lex fori* rige el problema *ab initio*

66 En determinada jurisprudencia las reglas procesales son consideradas como sujetas a la regla *locus regit actum*. Creemos que incurre en profundo error. La regla *locus regit actum* atañe a la protección, en forma apropiada, de la expresión jurídica eficaz de la voluntad de quien realiza un acto jurídico, mientras que las formas procesales tienen principalmente por objeto proteger a aquel contra quien se acciona en justicia y deben ser consideradas como reglas de policía civil completamente ajenas al dominio de la regla *locus regit actum*.

67 La prescripción entraría en el oficio del juez y determinaría, en materia penal, pero no en materia civil, la intervención del tribunal.

usque ad exitum, sin que pueda presentarse ninguna dificultad y menos aún la de las calificaciones.

Pero el panorama es muy distinto cuando se trata de las prescripciones "cortas", ligadas con ciertas relaciones jurídicas y a las que hubimos de pasar revista al considerar, sobre todo, las disposiciones del código civil francés. Esas prescripciones no constituyen instituciones independientes del carácter de los derechos que caen bajo su ámbito, como la prescripción *longissima temporis*, sino que, como las prescripciones de los artículos 2271 y siguientes del código civil francés o las de los §§ 196 y 197 del *BGB.*, alcanzan los efectos de las obligaciones emanadas de las relaciones entre los hosteleros y los clientes a quienes albergan (art. 2271, § 2, cód. civ., que establece una prescripción de seis meses; § 196 del *BGB.*, n° 4, que la fija en dos años), de las relaciones entre patronos y obreros (art. 2271, § 3, cód. civ., § 196, n° 10, *BGB.*): trátase de la misma clase de prescripción que la del caso juzgado por la Corte de Casación de Francia en 1869,⁶⁸ prescripción de las obligaciones de los transportadores (art. 108, cód. com.), y en 1934;⁶⁹ en los casos juzgados por el *Reichsgericht* en los fallos de 1880, 1882 y 1934, prescripción de las obligaciones resultantes de la suscripción de efectos de comercio; en el supuesto juzgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1839, prescripción de las condenas civiles pronunciadas en decisiones judiciales. Ligadas como están a relaciones jurídicas determinadas, descansan, como es natural, en la consideración de las circunstancias de hecho propias de esas relaciones de Derecho, como el cuidado de no ver al deudor de pagos periódicos aplastado por la masa de atrasos acumulados, o en presunciones de hecho, determinadas también por el carácter de esas relaciones jurídicas y por la apreciación empírica de su funcionamiento, como la presunción de pago respecto de personas que cobran periódicamente un salario, o la presunción de la confirmación de un acto nulo.

Cuando el carácter especial de la relación jurídica determinada desaparece; cuando medie novación, como en la hipótesis del reconocimiento, por acto separado, de la deuda resultante de letras de cambio sometidas a la prescripción quinquenal del artículo 189 del código civil francés, dicha prescripción especial quedará eliminada y el acto separado se registrará por

68 Cfr. *supra*, texto que sigue a la nota 3.

69 Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 6.

la prescripción treintenaria,⁷⁰ mientras que si el reconocimiento no presenta ese carácter de acto separado y novatorio y la relación jurídica originaria permanece intacta, sólo puede, a lo sumo, de acuerdo con una jurisprudencia firmemente establecida, producir la interrupción de la prescripción, que sigue siendo quinquenal.⁷¹ Ahora bien: la ley aplicable, llamada a regir esas relaciones en su conjunto y en cuanto al fondo, será determinada conforme a la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas que tengan carácter de extrañidad ("extranéité"). Es así como procedió el *Reichsgericht* en sus tres fallos de 1880, 1882 y 1934, al decidir que los efectos de comercio en litigio debían someterse al Derecho anglosajón, bien por la acción combinada de la *lex loci contractus* y de la *lex loci solutionis*, cuyos *situs* determinó en las dos primeras sentencias, bien en virtud del estatuto de autonomía, en el último fallo. Así las cosas, y aducida la excepción de prescripción, no la de la prescripción treintenaria, institución independiente de la relación jurídica a que afectaría, sino la de la prescripción especial ligada a los efectos de comercio, continuaremos razonando acerca de los casos sometidos al *Reichsgericht*, a fin de no refugiarnos en abstracciones difíciles. A tal fin, conviene interrogar directamente la ley norteamericana o la inglesa que rijan el conjunto de la relación jurídica litigiosa. El error cometido por el *Reichsgericht* desde su sentencia de 1880 fué el de plantear previamente la cuestión de la calificación de la prescripción. Al tratarse de una prescripción breve ligada a una relación jurídica determinada, concretamente: a las obligaciones resultantes de la aceptación de letras de cambio, era inexacto considerar la prescripción como institución independiente, que habría sido la única razón para justificar su calificación previa con objeto de determinar la ley especialmente aplicable a ella. Pero en los casos juzgados por el *Reichsgericht*, la ley aplicable al conjunto de los efectos jurídicos de las letras de cambio debía ser el determinado por el estatuto de autonomía de la voluntad o subsidiariamente por las reglas objetivas a seguir, en defecto de medios para inferir la

70 Ch. Req. 28 de noviembre de 1831, S. 1837, I. 26, que ha fijado la jurisprudencia; cfr. G. Holleaux, ob. cit., p. 95.

71 Decisión de principio del Tribunal de Grenoble de 6 de febrero de 1850, S. 185. II. 624. Desde entonces, toda la jurisprudencia es conforme.

Req. 7 de abril de 1857, S. 1857, I. 509.

Civ. 5 de enero de 1864, S. 1864, I. 88.

Cfr. G. Holleaux, ob. cit., pp. 105 y ss., en que critica dicha jurisprudencia.

voluntad real de las partes contratantes.⁷² Ahora bien: esa ley aplicable debía, pues, aplicarse a la prescripción especialmente fijada para los efectos de comercio. Por otra parte, al tener esa consideración, valor de principio respecto de las prescripciones breves, su sumisión directa y necesaria a la ley que rija el conjunto de la relación jurídica a que dicha prescripción se ligue, adquiere especial relieve respecto de la aplicación de una ley determinada en virtud del estatuto de autonomía.

¿Qué significa la autonomía de la voluntad en los dominios de la ley interna? Es la facultad que tienen las partes contratantes para establecer sus derechos y obligaciones dentro de los límites legales, ya que éstos, claro está, escapan a la acción de la voluntad de los particulares. Pero en Derecho internacional privado, los dominios de la autonomía se ensanchan. Sin duda, tampoco es posible cambiar las reglas imperativas del sistema legal al cual se ha adherido, pero la elección de la ley aplicable queda libre y es, por tanto, posible elegirla en atención al tenor de las reglas imperativas, evitando así las de una ley cuyas disposiciones parezcan embarazosas. Ahora bien: por su propia naturaleza, las prescripciones breves aparecen como uno de los elementos legales que determinan la extensión de los derechos y de las obligaciones contratados: en ello se oponen a la prescripción *longissimi temporis*, o sea la de treinta años. No se concibe que las partes contratantes piensen en la prescripción treintenaria como elemento determinante de la extensión de sus derechos y obligaciones. El término romano, *longissimi temporis praescriptio*, parece implicar, a causa del superlativo, que el tiempo transcurrido es más que suficiente para que la acción judicial pueda ser intentada y que en el espíritu de las partes importaría poco, en cuanto a la determinación contractual de sus derechos y obligaciones, que éstos prescribiesen en cuarenta años en vez de en treinta. Cosa muy distinta sucede con las prescripciones breves. ¿No se observa a menudo que se convierten en uno de los objetos de la convención, como acontece, por ejemplo, con las decadencias, para el caso de que no se deduzca la acción ante los tribunales dentro de un corto plazo, estipuladas en las pólizas de seguros? Por tanto, al poder ser objeto de una convención y al presentar interés desde el punto de vista de las obligaciones contractuales, las prescripciones legales breves pueden convertirse también, aunque sea sólo implícitamente, en objeto de la convención, mediante la elección de tal o cual otra

72 Sobre el estatuto de autonomía y las reglas subsidiarias de carácter objetivo, véanse nuestras disertaciones en *Journ. Droit Internat.*, 1933, p. 1008; 1934, p. 403, y 1935, pp. 1201 y ss.

ley aplicable. ¿No se confirma así el pensamiento de que las prescripciones breves, y concretamente las relativas a las letras de cambio, sometidas por el *Reichsgericht* al Derecho anglosajón, deben regirse directamente por el mismo Derecho, sin que una calificación previa desde el punto de vista de la *lex fori* pueda sujetar su régimen a otras consideraciones y amenace con sustraerlas a la acción de la ley aplicable al conjunto de la relación de Derecho a la que la prescripción permanece ligada?

Esa sería, a nuestro entender, la solución exacta y definitiva del problema de las prescripciones breves en general y especialmente en el campo del estatuto de autonomía, si no pudiese surgir un obstáculo a la aplicación extraterritorial de una ley extranjera tomada en su conjunto o en relación a alguna de sus instituciones, obstáculo que deriva del carácter propio de la ley aplicable, desde el punto de vista internacional. Tal fué la argumentación esgrimida en 1880 y, sobre todo, en 1882 ante el *Reichsgericht*, que la puso de manifiesto. La ley aplicable, en nuestro caso la norteamericana, considera las disposiciones sobre prescripción que establece, como limitadas a su territorio. Trátase de una limitación de los efectos de su propia legislación, que no podría, como expusimos arriba, dejar de respetarse por los tribunales extranjeros que decidiesen, ante todo, aplicar la ley norteamericana. En principio, el respeto de la soberanía espiritual del Estado extranjero debe imponerse sin reserva.⁷³ Por otra parte, ese principio ha encontrado su reconocimiento dentro del Derecho alemán en el § 606, apartado 4, del código de procedimiento civil (*Z. P. O.*).⁷⁴ Ahora bien: si

73 Véanse en este sentido el fallo de la Corte de Milán de 1899, analizado en nuestro libro sobre la *Théorie du renvoi*, p. 269. Ese fallo, consecuencia de argumentos de una elevación de pensamiento y de una precisión admirables, rechaza "l'extensione ideale del ambiente giuridico straniero al favor suo", porque el efecto de ese medio jurídico, concretamente de la legislación húngara sobre divorcio, está reservado por la ley húngara al territorio húngaro. La misma idea se manifiesta en la jurisprudencia, en las decisiones cuyos motivos declaran que el tribunal que conoce del litigio cree que debe aplicar la ley extranjera exactamente de la misma manera que lo habrían hecho los jueces del país extranjero. Véase especialmente nuestra citada obra, p. 169 y nota, el análisis del fallo de la Corte de Lübeck de 21 de marzo de 1861, así como las decisiones del Tribunal y de la Corte de Florencia de 1918 y de 1919 (*ibidem*, pp. 286 y 293).

74 § 606, ap. 4, de la *Z. P. O.*: "*Sind beide Ehegatten Ausländer, so kann die Scheidungsklage im Inland nur erhoben werden, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört*" (Si los dos cónyuges son extranjeros, la demanda de divorcio no podrá interponerse en el interior—Alemania—sino cuando el tribunal nacional sea también competente según la ley del Estado a que pertenezca el marido). Cfr. la nota precedente.

en virtud del estatuto de autonomía se permite a los particulares ponerse bajo el imperio de una ley de su elección, no pueden, en manera alguna, arreglarla a su antojo, sino que han de aceptarla como es y dentro de los límites que ella misma se trace,⁷⁵ con todas las modalidades que implique, las quieran o no. Ahora bien: ¿qué disponía la ley norteamericana acerca de la prescripción, en los casos sometidos al *Reichsgericht* en 1880 y en 1882, y la ley inglesa en el asunto juzgado por el propio tribunal en 1934? Pues que la prescripción debe quedar sometida a las reglas de la *lex fori*. Por tanto, como dijimos, la regla del Derecho anglosajón se descomponía en dos proposiciones de valor jurídico desigual.

1º Primera proposición, que se impone necesariamente al extranjero: la prescripción norteamericana o inglesa relativa al efecto de los convenios, no se aplica más que ante los tribunales del Estado que la haya establecido;

2º Ante los tribunales de los demás países, debe aplicarse la prescripción de su propia ley: proposición segunda, que, desde luego, no puede imponerse a los tribunales extranjeros.

Fué esa situación jurídica la que determinó la decisión del *Reichsgericht* en 1882. Admitió la primera proposición y no creyó que debía aplicar la ley norteamericana sobre prescripción en contra de la voluntad del legislador norteamericano que había creado dicha institución. Pero el *Reichsgericht* no ha seguido la segunda proposición de la ley norteamericana y tampoco ha estimado que conforme al deseo de la ley norteamericana, debía aplicar la prescripción de la ley alemana, so pretexto de la diferente calificación dada por la ley alemana a prescripción. De ese modo, las letras de cambio se han convertido en *nullius legis* respecto de la prescripción, y por tanto, en imprescriptibles.

Pero, ¿hay que detenerse ahí, como lo ha hecho el *Reichsgericht* en 1882, porque dicha situación jurídica, que constituye una etapa necesaria en el orden del razonamiento jurídico, no constituya, sin embargo, su remate?

Ya en otra obra hemos analizado situaciones análogas.⁷⁶ Y Lerebours Pigeonnière las ha señalado respecto del estatuto personal, en artículo muy notable publicado en el *Journal du Droit International* en 1924.⁷⁷ Ellas

75 Véase nuestra *Théorie du renvoi*, p. 152.

76 *Théorie du renvoi*, pp. 66 y ss.

77 Pp. 877 y ss.

contenían soluciones satisfactorias.⁷⁸ Pues bien: esforcémonos en buscar una solución jurídica y racional a la dificultad en que ahora nos hemos detenido.

La ley norteamericana rechaza su propia aplicación fuera de sus fronteras y se remite a la prescripción de la *lex fori*. Es imposible desentenderse de la prohibición; más, por otra parte, ¿por qué no aceptar el reenvío? Y advirtamos, ante todo, que el *Reichsgericht*, en el fallo de 1882, habría admitido, al parecer, la aplicación de la prescripción alemana, si hubiese sido una regla procesal.⁷⁹ Pues bien: según creemos haberlo demostrado en forma suficiente, en el estado actual de los textos legales alemanes, la prescripción es más bien una regla de procedimiento. ¿Por qué entonces los tribunales alemanes no habrían de aplicarla, si la ley extranjera lo desea, siendo así que la soberanía espiritual alemana no experimentaría inconveniente alguno ni sufriría menoscabo alguno, si en su propio territorio y ante sus propios tribunales la ley alemana fuese aplicada a una relación jurídica que en orden a la prescripción sería, de otro modo, *nullius legis*?

Por otra parte, si la prescripción de la ley interna alemana no es de orden público internacional, en el sentido de que en manera alguna debe introducirse en lugar de la prescripción de la ley extranjera normalmente aplicable, ¿no sería de otro modo cuando a consecuencia de la limitación por ella misma de la ley extranjera normalmente aplicable, la relación de derecho litigioso, volviéndose *nullius legis*, tendiese por ello mismo a convertirse en imprescriptible? Sin duda esa imprescriptibilidad ha sido admitida por el fallo del *Reichsgericht* de 1882; pero dicha sentencia se pronunció antes de la promulgación del *BGB*, mientras que en el estado actual del Derecho alemán, la imprescriptibilidad aparece como contraria al orden público, y la relación jurídica *nullius legis* en cuanto a la prescripción debe caer bajo el golpe de la prescripción alemana, siempre que los tribunales sean llamados a pronunciarse. Fué ese el sentido en que se manifestó el *Reichsgericht* en su fallo de 1934⁸⁰ al acoger la jurisprudencia precedente.⁸¹ Por otra parte, cabría apoyar tal modo de ver en el tenor del § 225 *BGB*.

⁷⁸ *Théorie du renvoi*, pp. 145 y ss.

⁷⁹ Cfr. *supra*, nota 34.

⁸⁰ *Journ. Droit Internat.*, 1935, p. 1190.

⁸¹ *Entscheidungen*, tomo 106, p. 83.

“La prescripción no puede ser eliminada ni agravada (*erschwert*) por un acto jurídico; pero puede hacerse menos onerosa (*Erleichterung*) y especialmente cabe abreviarla”.⁸² Los propios términos *erschwert* y *Erleichterung* revelan que la longitud de la prescripción se reputa cual carga del deudor, que no podría jamás aumentarse más allá de los límites legales y, sobre todo, extenderse en consecuencia *ad infinitum*.

Pero si dejando a un lado esta invocación del orden público internacional alemán, se vuelve a examinar el problema tal como fué planteado por el *Reichsgericht*, ¿qué se verá? Tanto en el fallo de 1882 como en el de 1934, el Tribunal Supremo hizo prevalecer la calificación de la *lex fori*, pero en la última de esas decisiones tiende, además, a demostrar que no media ahí sino un juego de palabras, ya que examinada la esencia de las cosas, las prescripciones del Derecho anglosajón y del alemán se parecen mucho.

Existe, sin duda, un parecido. Lo pensamos también, por habernos dedicado a demostrar que la prescripción alemana se liga sobre todo con el procedimiento, exactamente como sucede con la prescripción del Derecho anglosajón. Pero siendo ello cierto, ¿se tratará sólo de un juego de palabras, como da a entender el *Reichsgericht*?

No del todo. Porque sea lo que fuere de esta cuestión en el Derecho interno anglosajón y en el alemán, esa clasificación tiene consecuencias ciertas en Derecho internacional privado. Decir que la prescripción es una institución procesal, es afirmar en materia de conflicto de leyes que no tiene efecto extraterritorial. Pero evidentemente cada legislador no tiene el derecho de decirlo sino mediante su propia ley, porque no le corresponde calificar o clasificar más que dentro de los límites mismos en que le incumbe legislar, o sea en los límites de su poder de mando. Si se lanzase a calificar fuera de su poder de mando, ello sólo sería una vana declamación desprovista de toda fuerza legal, porque la ley debe basarse, como condición de fondo de su existencia jurídica, en el poder de mando del legislador respecto de las materias acerca de las cuales pronuncia.⁸³ Pues bien: la calificación por el Derecho anglosajón de la prescripción

82 § 225: “Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist ist zulässig”.

83 *Théorie du renvoi*, pp. 59 y ss., 30 y ss., y los fallos de la Corte de Casación de Turín de 1870, p. 182, y de la Corte de Casación de Palermo de 1894, p. 223, citados y comentados en la propia obra.

como institución procesal, en cuanto tiende a recluir en su propio territorio la prescripción que establece, no puede dejar de ser respetada en el extranjero.

Por el contrario, afirmar que la prescripción es una institución de fondo, como según el *Reichsgericht* ocurriría en el Derecho alemán, significa atribuirle efecto extraterritorial o, en términos más precisos, no querer confinar su aplicación al territorio alemán tan sólo y legitimar así, llegado el caso, su aplicación por los tribunales extranjeros.

Nos damos cuenta entonces de como el *Reichsgericht* se equivocó en su fallo de 1945 al asimilar la prescripción del Derecho anglosajón a la del alemán y atribuirle un efecto extraterritorial que su propio Derecho quiso negarle.

Pensamos que de ese modo aparece claro que esa diversión lógica y jurídica del fallo de 1934 sólo puede oscurecer, sin resolverla, la naturaleza de la dificultad que se presentó ya en las sentencias de 1880 y de 1882 y que encuentra su base en el deseo persistente del *Reichsgericht*, erigido en principio, de resolver el problema de las calificaciones según los conceptos de la *lex fori*, concretamente de la ley alemana, a la vez que la ley inglesa era reconocida por él como la aplicable al conjunto de la relación jurídica litigiosa.

Ya nos hemos expresado acerca de ese extremo. Cabe admitir o no la aplicación de la ley extranjera, pero si se aplica, hay que aplicarla como tal, en su letra y en su espíritu, sin poder alterarla con la introducción de elementos extraños. No ignoramos que el modo de ver que combatimos está consagrado en la doctrina dominante,⁸⁴ pero no podemos dejar de observar a este respecto que arrastrado por ciertos hábitos mentales, el *Reichsgericht* no ha advertido que se ponía en contradicción con la notable doctrina sobre el orden público internacional que formuló en ese mismo fallo de 1934.⁸⁵

Si, como dice el *Reichsgericht*, una disposición especial de la ley extranjera resulta contraria al orden público alemán, antes de sustituirle mediante una disposición correspondiente de la *lex fori*, ley alemana, hay que indagar si no cabía llenar la laguna con una disposición de la propia ley extranjera. ¿Cuál es el pensamiento que inspira este argumento del fallo? Pues, sin duda, el sentimiento de que dentro de lo posible no conviene romper la unidad y la armonía jurídicas de la ley extranjera aplicable,

⁸⁴ En contra, sin embargo, Frankenstein, *supra*, nota 27.

⁸⁵ *Journ. Droit Internat.*, 1935, p. 1199.

con la introducción de un elemento tomado de otra legislación, con la introducción, por decirlo así, de un cuerpo extraño.

Pero entonces, ¿cómo puede el *Reichsgericht* conciliar con esta doctrina la admisibilidad de la alteración y de la desnaturalización consciente de la ley extranjera por la calificación tomada de la *lex fori*? En la aplicación del orden público internacional puede haber yuxtaposición, perturbadora sin duda, aunque a veces necesaria, de disposiciones procedentes de sistemas jurídicos diferentes. Por lo menos, esas disposiciones serán tomadas como son, en su verdadero estado, mientras que la calificación por medio de conceptos de otra ley conduce necesariamente a una especie de falsificación.

Y además es aquí donde cabe decir que la discusión se reduce a un simple juego de palabras. En su fallo de 1934, el *Reichsgericht* ha mostrado la similitud de las dos prescripciones, a saber: la alemana y la anglosajona. Tomadas en sí mismas y desde el punto de vista del Derecho interno, esas dos prescripciones son, pues, semejantes en su naturaleza jurídica. ¿No es, pues, un simple juego de palabras oponer al reenvío de la ley anglosajona a la prescripción alemana, la calificación por ésta de la prescripción como institución de fondo? ¿Cambia de aspecto la cuestión cuando se pasa al terreno de los conflictos de leyes? Sin duda, hasta cierto punto, pero sólo para poner más de relieve el error en que incurrió la sentencia de 1934. En efecto, la calificación por el Derecho anglosajón de la prescripción como institución procesal, sea cual fuere el parecido de esa prescripción con una institución de fondo, como pretendió el *Reichsgericht*, expresa el deseo legítimo del Derecho anglosajón de circunscribir sus reglas sobre prescripción a los procesos que se desenvuelven ante los tribunales anglosajones. Y en ese orden de ideas, importa poco que la institución jurídica que experimente dicha limitación territorial por parte de su propia ley, sea una institución procesal o substantiva, puesto que toda institución puede así quedar recluida en el territorio del legislador. El *Reichsgericht* no podía, por tanto, atribuir en manera alguna a una institución de Derecho extranjero así limitada en sus efectos, efecto extraterritorial. Pero en cuanto a la calificación de la prescripción alemana como institución de fondo, tal calificación no impide, claro está, un efecto extraterritorial, ¿mas excluye, por lo mismo, un efecto territorial? Al ser institución de fondo la prescripción alemana, ¿dejaría por ello de ser aplicable en el territorio alemán? Podemos, por tanto, llegar a la conclusión de que nada impedía al *Reichsgericht* seguir el ejemplo de la Corte de

Casación de Francia cuando en el fallo Forgo,⁸⁶ al adoptar la calificación de la ley extranjera, la hizo prevalecer sobre la calificación francesa, aun cuando las calificaciones expresaban no sólo una diferencia verbal, sino que respondían a dos diferentes concepciones del domicilio, a saber: el del Derecho común y el del domicilio especial de los extranjeros conforme al antiguo artículo 13 del código civil.

IV

Podemos ahora resumir este largo estudio en algunas braves proposiciones:

1ª. Por lo menos en el sistema de Derecho continental, hay que distinguir la prescripción del Derecho común, *longissimi temporis praescriptio*, que se aplica a todas las relaciones jurídicas sin distinción, y las prescripciones breves, especialmente ligadas con una relación jurídica determinada;

2ª Sin ser necesaria e íntegramente una regla procesal, la prescripción del Derecho común constituye una institución jurídica independiente, que tomada en sí misma deriva de la policía civil del Estado; y de ahí que en materia de conflicto de leyes deba regirse por la ley local, a título de ley de policía y de seguridad;

3ª Por el contrario, las demás prescripciones no pueden ser consideradas con independencia de las relaciones jurídicas con que se ligan; por otra parte, singularmente en Derecho francés, ellas no son reglas procesales, aun cuando tengan repercusión sobre las mismas. Así, pues, en materia de conflicto de leyes, deben conectarse con la ley reconocida como aplicable a la relación jurídica de que dependan;

4ª Les prescripciones breves que se ligan con una relación jurídica determinada, no pueden recibir más calificación que la de la ley aplicable a tales relaciones;

5ª La aceptación de la calificación extranjera de la prescripción puede hacerla *nullius legis*. Por tanto, es la prescripción de la *lex fori* la que desde entonces surge subsidiariamente como aplicable.

⁸⁶ Véase nuestro estudio sobre el mismo, *Journ. Droit Internat.*, 1923, pp. 305 y s.s.