

En torno al concepto de la prescripción

LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN

Catedrático de Derecho Civil

Los cuarenta y seis artículos finales de nuestro Código Civil, englobados bajo una rúbrica que lleva como rótulo "de la prescripción", se enfrentan con una institución que posee una gran hondura y trascendencia, tanto teórica como práctica y que, sin embargo, se encuentra entre nosotros muy poco elaborada y escasamente estudiada. Señala con mucha gracia Jean CARBONNIER (1), que parece como si los grandes codificadores y los grandes comentaristas, tras de haber recorrido ya centenares de artículos, hubieran llegado a este punto prácticamente desfallecidos y como si este desfallecimiento hubiese repercutido en el tratamiento de la materia. Parece, además, dice el mismo autor, como si la prescripción no fuera otra cosa que un simple artificio matemático, que, por la fuerza misma de los números, hiciese innecesaria toda interpretación.

Una reflexión somera, sin embargo, hará que en seguida nos apercebamos de que pocas materias civiles como ésta pueden dar lugar una función interpretativa tan variada, cualquiera que sea el ángulo o el punto de vista en que el intérprete se coloque. A una jurisprudencia de intereses, por ejemplo, le sorprenderá el trasfondo sociológico que asoma en ella casi descaradamente: protección del adquirente de buena fe frente a la reivindicación tardía; protección del deudor frente a la reclamación retrasada del acreedor. A una jurisprudencia historicista le apasionará examinar los estratos históricos sucesivos que en ella se han ido conglomerando: las diversas elaboraciones romanas, las doctrinas de los glosadores, de los canonistas, de los intérpretes del derecho común. A una jurisprudencia filosófica le interesará vivamente encontrar una justificación y un fundamento racional a una figura que, mientras unos consideran radicalmente inmoral e injusta (2), otros, en cambio, piensan que "bono publico introducta est" (3), o que es "la plus nécessaire a l'ordre social" como

(1) En un breve y sugestivo trabajo ("*Notes sur la prescription extinctive*") publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 50, 1952, págs. 171-181.

(2) Se recuerda usualmente un viejo refrán de la baja Sajonia: "*Hundert Jahre Unrecht machen nicht ein Jahr Recht*" y el calificativo de "*impium praesidium*". Sobre estas opiniones extremas, ALAS-RAMOS-DE BUEN, *De la usucapción*, Madrid, 1916, págs. 95 y sigs.

(3) GAYO, en Dig. 41, 3, 1.

decía BIGOT DE PREAMENEU (4). Le apasionará esta figura también al jurista amante de la política legislativa y al ansioso de reformas, en un momento como el nuestro, en que se habla, como BOEHMER (5), de una superación sociológica de la prescripción, en un mundo donde las estructuras vitales y la difusión de noticias, han sufrido una mutación sorprendente y donde el ritmo de la vida se ha acelerado de una manera tan extraordinaria que no puede por menos de repercutir en el ritmo del ejercicio de los derechos, pero donde, en cambio, por una extraña paradoja, se dispone de unos medios de fijación y de constancia —los archivos, los documentos, los registros— que hacen que las situaciones jurídicas antiguas puedan ser mejor y más largamente conocidas y sea menos injusto, por tanto, su planteamiento tardío (6). Apasionará, finalmente, esta extraña figura de la prescripción al jurista aficionado a los conceptos generales y abstractos: las ideas de derecho subjetivo, de facultad, de acción, de pretensión, de ejercicio y límites de los derechos, de adquisición y extinción, en pocos lugares como en éste cobran toda su importancia y se encuentran más gravemente implicadas y comprometidas. Una porción de incentivos inducen, pues, a revisar a fondo la figura de la prescripción. Una reelaboración completa no será posible hacerla en este momento y en este lugar, pero cabe, por lo menos, que detengamos nuestro análisis durante un rato con el fin de obtener un concepto que sea lo más claro, preciso y perfilado posible.

I

El ordenamiento jurídico nos coloca, con frecuencia, frente a unas situaciones jurídicas que son como las que a continuación se intenta describir.

1.º Si Ticio ha celebrado con Cayo, “non dominus”, un negocio jurídico traslativo del dominio de una cosa, ha comenzado a poseer la cosa objeto del negocio y ha continuado poseyéndola sin interrupción, transcurrido un determinado período de tiempo, Ticio podrá repeler la reclamación de Sempronio, “verus dominus”, de tal manera que el derecho de Sempronio se habrá extinguido y Ticio se habrá convertido en el auténtico dueño.

2.º Si Ticio celebra un determinado negocio jurídico por virtud del cual se constituye a su favor un derecho real “in re aliena” y se comporta ininterrumpidamente como titular de este derecho, transcurrido un determinado período de tiempo, podrá repeler la acción del propietario y el derecho real, originariamente mal adquirido, habrá quedado consolidado.

(4) *Exposé de Motifs* del Código Civil francés, París, 1804.

(5) “*El Derecho a través de la Jurisprudencia*”, trad. cast. de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959, pág. 245.

(6) Sobre esta idea, CARBONNIER, en el lugar citado.

3.º Si Ticio, acreedor de una prestación, omite reclamarla y Cayo, deudor de ella, no realiza ningún acto que entrañe reconocimiento del crédito, pasado un determinado período de tiempo. Cayo podrá oponerse justamente a la reclamación de Ticio, de manera tal que el ejercicio del derecho quedará impedido y Cayo en la práctica liberado de la deuda.

Con el nombre de prescripción se conocen en un sentido muy amplio, todos estos fenómenos que parecen consistir "prima facie", en una modificación que experimenta una determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo. Un concepto así delineado es, sin embargo, demasiado vago y demasiado general para resultar útil. Convendrá, por ello, que lo puntualicemos de alguna manera. El centro de gravedad de todo problema radica probablemente en decidir si la adquisición y la correlativa pérdida del dominio, en el primero de los casos antes expuestos, la adquisición del derecho real "in re aliena" y la correlativa pérdida de la facultad de defender la libertad del fundo o de la cosa, en el segundo caso, y la liberación del deudor y la correlativa pérdida del crédito, en el tercer caso, poseen alguna nota o algún elemento común que permita reducir todos estos fenómenos a una figura unitaria. Históricamente este problema aparece sobremanera confuso. No es éste, desde luego, el lugar adecuado para ensayar un análisis histórico detenido, pero convendrá, al menos, alguna alusión a la evolución histórica del problema.

II

El instituto moderno de la prescripción se forma por la confluencia sucesiva de varias figuras romanas.

La primera es la "*usucapio*" que es una figura histórica antiquísima, mencionada ya en las XII Tablas ("*usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annus esto*"), en virtud de la cual un poseedor deviene propietario con el transcurso del tiempo. Esta figura que se aplicó únicamente a las cosas susceptibles de "*dominium ex jure quiritium*" y en favor de los ciudadanos romanos (7) cumplía singularmente dos funciones que eran la consolidación de una adquisición realizada "a non dominio" y la consolidación de una adquisición recibida de un verdadero propietario, pero a través de un acto no reconocido por el "*ius civile*" y, por lo tanto, insuficiente para transmitir la propiedad quirritaria. Por extensión la "*usucapio*" se aplicó al usufructo. Se aplicó también a las servidumbres hasta que lo prohibió una "*Lex Scribonia*". En las fuentes se habla por último de una "*usucapio libertatis*" para designar la extinción de un "*ius in re*

(7) "*Adversus hostes* — se dirá — *aeterna auctoritas*". Sobre el tema, vid. DE VISSCHER, *Aeterna auctoritas*, Rev. Historique, 16, 1937.

aliena", que se produce en virtud de una continuada posesión del fundo como libre (8).

La *praescriptio*, como indica su nombre —de "prae scribere", o sea, escribir delante— es una parte de la fórmula en el procedimiento formulario cuya característica consiste en que es insertada al principio. Las praescriptiones pueden ser "pro actore" o "pro reo". Las "praescriptiones pro actore" están encaminadas a definir y precisar la cualidad o la medida en que el demandante hace valer su derecho con objeto de evitar los efectos excluyentes de la "litis contestatio". Las "praescriptiones pro reo", en cambio, están destinadas a instruir al juez para que antes de examinar el fondo de la cuestión debatida, se pronuncie sobre determinadas circunstancias, alegadas por el demandado que de ser ciertas impiden que recaiga una sentencia sobre el fondo del asunto litigioso. Funcionan como si fuesen una especie de "denegatio actionis", deferida al juez por el magistrado y constituyen en definitiva un medio de defensa del demandado, muy semejantes a las excepciones, con las que a la larga terminan confundándose (9).

Dentro de estas "praescriptiones pro reo" existen algunas, a las cuales, por haberles reservado la posterioridad este nombre con carácter genérico, conviene hacer alguna alusión.

a) *Praescriptio o exceptio temporis*.—Las acciones derivadas del antiguo "ius civile" eran generalmente perpetuas, en el estricto sentido de la palabra. Cuando al lado de las civiles, el pretor introdujo otras acciones, estableció el plazo dentro del cual debían ser ejercitadas, que de ordinario era el mismo de un año útil que duraba su imperium. Aparecen así, dice PUGLIESE, junto a las acciones perpetuas unas acciones que son temporales o "temporariae" ("actiones quae certo tempore finiuntur"), de tal manera que cuando una de estas acciones se promovía después de transcurrido el plazo prefijado, el demandado podía oponer a la acción tardía la llamada "exceptio temporis" (10).

b) *Praescriptio longi temporis*.—Como la "usucapio" era, según hemos visto, una institución del ius civile, aplicable sólo a las cosas susceptibles de dominio quirritario surgió en seguida la necesidad de crear por la vía del derecho pretorio, una institución similar que fuera aplicable, sobre todo, a los fundos provinciales. Nació así la "longi temporis praescriptio", en virtud de la cual un adquirente de buena fe, con justa causa, que había permanecido en la posesión diez o veinte años —según que fuera "inter praesentes" o "inter

(8) Cfr. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1956, págs. 253 y siguientes; BERLI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1947; parágrafo 119, página 407; SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, trad. cast. de SANFELIZ TELLEIRO, Barcelona, 1960, págs. 622 y sigs., 673, 691, etc.

(9) Sobre el tema cfr. ALVAREZ (Ursicino), *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955, pág. 356; BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp., Madrid, 1959, pág. 131.

(10) PUGLIESE, *Prescrizione estintiva*. Torino, 1914, págs. 5 y sigs.

absentes"—, podía detener la tardía acción reivindicatoria del verdadero dueño. Aunque nacidas para resolver el mismo problema práctico, "usucapio" y "longi temporis praescriptio" son instituciones profundamente diversas en sus efectos. La diferencia radical sería ésta: que mientras la "usucapio" provoca una "adiectio dominii", la "praescriptio" es sólo un medio de defensa que permite repeler la reivindicación tardía ("exceptio quae adversus dominum tuebatur").

c) *Praescriptio longissimi temporis*.—Llamada también "exceptio triginta vel quadraginta annorum", aparece muy tardíamente en una Constitución de Teodosio II, del año 424 d. C., según la cual ninguna acción, sea real o personal puede extenderse más allá de un lapso de treinta años: "Sicut in rem speciales ita de universitate aut personales actiones —dice la Constitución— ultra triginta annorum spatium minime protendantur" (11).

Hasta aquí las cosas parecen perfectamente claras: hay una originaria institución del ius civile —que es la usucapio— y una serie de remedios pretorios que van apareciendo sucesivamente. Las cosas comienzan a complicarse en el Derecho justinianeo. Por lo pronto, ocurre que las divergencias entre "usucapio" y "longi temporis praescriptio" se han ido borrando. Ha desaparecido la diferencia entre los ciudadanos y los no ciudadanos con Caracalla y la diferencia entre los fundos itálicos y los fundos provinciales con Diocleciano. En la Compilación ambas instituciones se confunden, reservándose entonces el nombre de "praescriptio" para la que se refiere a bienes inmuebles, fundamentalmente, como señala BONFANTE, porque el Derecho romano tardío se desarrolla en Oriente donde los fundos habían sido provinciales (12).

(11) Entre los romanistas se discute —lo que para nuestro tema no interesa especialmente— si esta Constitución no es más que refundición de otra anterior. La constitución de 424, de Honorio y Teodosio II, dice así: "Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio erit metuenda: eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hipotecam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per adnotationem, promeruisse responsum, vel etiam judiciis adlegasse, nisi adlegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executores conventio. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctione. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinet curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur non illae, quae antiquis temporis limitantur.

"Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterioris facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit."

(12) Cfr. BONFANTE, *I limiti originari dell'usucapione*, en Studi Simoncelli, Nápoles, 1915, después en Scritti, Torino, 1926, 2, pág. 683.

Según este esquema, en el Derecho Justiniano habrían coexistido:

1.º La *exceptio o praescriptio temporis*, que permite repeler las "acciones quae tempore certo finiuntur", cuando son ejercitadas fuera del plazo expresamente establecido.

2.º La "*usucapio*" y la "*longi temporis praescriptio*" confundidas, en virtud de las cuales un adquirente de buena fe y con justo título, después de permanecer ininterrumpidamente en la posesión durante tres, diez o veinte años, no sólo puede detener la acción real dirigida contra él, sino que, además, se convierte en propietario.

3.º La *exceptio triginta vel quadraginta annorum*, en virtud de la cual el demandado puede detener cualquier acción dirigida contra él, lo mismo si es de carácter real que personal.

El Derecho Romano conoció también la figura de la "*vetustas*", que es una posesión de duración muy prolongada, frente a la cual no existe memoria de que haya habido derecho alguno. Esta "inmemorialidad" constituye un título extraordinario de legitimación del poseedor, a quien se exonera de aportar prueba documental de su derecho (13).

Las cosas, complicadas ya, según hemos visto, en el Derecho justiniano, continuaron complicándose en el Derecho intermedio. Los intérpretes del Derecho común entenderán que la "*exceptio triginta annorum*", aplicada a las acciones reales, produce una "extraordinaria *usucapio*", sin necesidad de buena fe, ni de justo título, con lo cual las ideas de "*usucapio*" y de "*exceptio*" o "*praescriptio*", ya en parte fundidas por los compiladores justinianos, se confundirán más todavía.

El Derecho Canónico, por su parte, al exigir, en atención a una serie de imperativos de índole moral, la buena fe en todo tipo de prescripción, incluso en la de las acciones personales, provoca una confusión aún más completa (14).

El Derecho Germánico se funda, en esta materia, en dos ideas claves: la de inmemorialidad (*Unvordenklichkeit*), que coincide grosso modo con la idea romana de "*vetustas*" y constituye como ella un título extraordinario de legitimación y una exoneración de la prueba documental del derecho; y la caducidad (*Verschweigung*) en virtud de la cual determinados derechos tienen que ser ejercitados dentro de un período perentorio de tiempo, como es, señaladamente, el plazo de año y día (15).

Finalmente, la Escuela del Derecho Natural racionalista (GROCCIO, PUFFENDORF), al encontrar un único fundamento racional a todas estas figuras, preconiza una única institución, que las comprenda a todas.

(13) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapio en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, págs. 23 y sigs.

(14) CUYAS, Manuel, *La buena fe en la prescripción extintiva de deudas desde el Concilio IV de Letrán (1215) hasta Bartolo (1357)*, Roma, 1962.

(15) PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. esp. de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957, págs. 42 y sigs.

En la doctrina civilista se observan dos corrientes: una, que con el punto de partida ya analizado acomete un estudio conjunto de todas estas figuras y otra que mantiene la separación entre las figuras clásicas.

Dentro de la primera dirección, cabe recordar (16) los nombres de J. FRANCISCO BALBO (*Tractatus de praescriptionibus*, 1554), de WIPPERMANN (*De usucapionibus et praescriptionibus*, 1660) y de LUNDIUS (*De iure usucapionis et praescriptionis*, 1698) y, sobre todo, por su decisiva influencia en la codificación, a JEAN DOMAT, en "*Les Lois civiles*" (17) y a DUNOD DE CHARNAGE en un "*Traité des prescriptions et d'alienation des biens d'églisses*" que es de mediados del siglo XVIII.

La segunda corriente aparece muy clara en los institutistas o comentaristas de las Instituciones, que examinan la usucapión al comentar el título sexto del libro II (de usucapionibus et longi temporis possessionibus), y la prescripción al comentar el título doce del libro IV (de perpetuis et temporalibus actionibus) y en los pandectistas o comentaristas de las *Pandectas*, que estudian la primera en 41.3 (de usurpationibus et usucapionibus) y la segunda en 44.3 (de diversis temporalibus praescriptionibus). Cuenta con la autoridad extraordinaria de JUAN VOET (18), que en su "*Commentarius ad Pandectas*" explica "*in quibus autem usucapio a prescriptione diversa fuerit*", de JUAN YAÑEZ DE PARLADORIO (19), de HEINECIO (20), de POTIER, que estudia la "*usucapio*" en el "*Traité de la Possession*" (21) y la prescripción en el "*Traité des Obligations*" (22), señalando que son figuras que no tienen nada que ver una con otra, de BOURJON (23) que en su obra sobre "*Le Droit commun de la France*", sigue el mismo sistema y recibe finalmente la consagración de SAVIGNY en el "*System des heutigen römischen Recht*" (24).

En los ordenamientos históricos se observa alguna falta de claridad.

El Derecho francés (25), por ejemplo, admitió la prescripción de

(16) Ver SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, sin fecha, IV, parágrafo 237, pág. 176 y III, parágrafo 177.

(17) DOMAT, *Lois civiles*, París, 1767, III, 7, 4.

(18) VOET, Juan, *Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogorum, 1778, en el com. a Dig. 44, 3 (de diversis etc.), pág. 625.

(19) YAÑEZ DE PARLADORIO, *Rerum quotidianarum libri duo*, Valladolid, 1629, cap. 1.º del libro 1.º (de usucapionibus et temporalibus praescriptionibus).

(20) HEINECIO, *Elementa*, Venetiis, 1785, estudia entre las excepciones (página 478) las excepciones temporales. Sobre la usucapión, en cambio, vid. pág. 404.

(21) POTIER, *Tratados de la posesión y prescripción*, trad. esp., Barcelona, 1880, IV, págs. 5 y sigs.

(22) POTIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. cast., Buenos Aires, 1961, págs. 429 y sigs.

(23) BOURJON, *Le Droit Commun de la France et la coutume de Paris*, París, 1747, trata de la posesión que vale como título de propiedad en tomo I, págs. 903 y sigs. y de la prescripción que opera como causa de liberación y extinción de acciones en el tomo II, pág. 454 al estudiar las causas de extinción de las obligaciones, junto al pago, etc.

(24) SAVIGNY, *op. y loc. cit.*

(25) Cfr. POTIER, *Tratado de la posesión*, cit., págs. 5 y sigs.

diez a veinte años en favor de los adquirentes con buena fe y justo título (art. 113 de la Costumbre de París). Admitió, además, una prescripción general de treinta años —que es la *exceptio triginta annorum*—, para todo tipo de acciones. Esta prescripción general de treinta años tenía un carácter exclusivo en algunas costumbres que no admitían la anterior, como la de Orleans y como, entre nosotros, ocurrió al parecer en el “*Usatge Omnes causae*” (26). En otras costumbres la prescripción general de treinta años coexiste con la de diez y veinte, como en el artículo 115 de la ya citada Costumbre de París.

El Code Napoleón, muy influido, como se ha dicho, por DOMAT y por DUNOD (27), dedica un único título a la prescripción, considerándola como un “medio de adquirir o de liberarse” y establece, dentro de ella, la trentenaria con carácter general, tanto para las acciones reales como para las personales, la de diez y veinte años, como un privilegio del poseedor con buena fe y justo título, y las prescripciones cortas o breves de los hoteleros, obreros, gentes de trabajo, etc.

El Derecho español ha seguido una evolución muy especial y extraordinariamente confusa. Las Partidas engloban en un título, que es el 29 de la Partida tercera, una regulación dedicada a establecer que las cosas se pueden “ganar y perder por el tiempo”. Allí se establecen: una usucapión de muebles (Ley 9) y otra de inmuebles (Ley 18), siempre que exista buena fe, justo título (“alguna derecha razón”) y tres, diez o veinte años; la usucapión extraordinaria de los intérpretes mediante treinta años, aunque sea sin título (Ley 21). Y en otra ley distinta, la 22, la prescripción de los créditos también en treinta años: “Perezoso seyendo algún hombre que no demandase en juicio sus deudas pudiéndolo hacer”, etc.

La Ley 63 de Toro vino a complicar este panorama y a ser la gran pesadilla de los comentaristas: “el derecho de ejecutar por acción personal se prescribe por diez años, la acción personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescribe por veinte años y no menos, pero donde hay la obligación en hipoteca o donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescribe por treinta años y no menos” (28).

La Novísima Recopilación estableció, además, una serie de prescripciones breves respecto de lo debido a recaudadores, letrados, procuradores, boticarios, joyeros, oficiales mecánicos, etc. (29).

(26) Lo que cuenta con el testimonio favorable de FONTANELLA, *Decisiones Saëri Regii Senatus Cataloniae*, Genovae, 1689.

(27) Sobre la influencia histórica indudable de los autores citados en el Código francés, vid. TISSIER, *De la prescription*, en el *Traité theorique et pratique de Droit civil* de G. BAUDRY-LACANTINERIE, París, 1895. La cita se hace por la trad. ital. al cuidado de BONFANTE, PACCHIONI y SRAFFA.

(28) Vid. las dificultades de interpretación resumidas en GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1863, tomo III, páginas 93 y sigs.

(29) También en GUTIÉRREZ, op. y loc. cit., pág. 103.

El Proyecto de 1851 (30) siguió fielmente la línea del Código francés, pero nuestro Código Civil ha hecho todavía mayor la confusión reinante en esta materia, al apartarse no sólo de esta línea, sino también de la de nuestro Derecho histórico. Actualmente en el Código, coexisten: la usucapión ordinaria en favor de poseedor de buena fe con justo título; la extraordinaria en favor de cualquier poseedor sin título ni buena fe; la extinción de las acciones reales por el paso de treinta años como figura distinta de la anterior —lo que representa una extraordinaria novedad frente al derecho histórico y frente al comparado—; la extinción de las acciones personales por el paso de quince años; y las prescripciones cortas o breves.

III

Esta es, muy someramente expuesta, la evolución histórica de la institución que examinamos. ¿Qué consecuencias nos puede ofrecer en orden a la elaboración del concepto que ahora perseguimos? Hemos apuntado ya que parecen haber coexistido, como fruto de esta confusa evolución, dos direcciones a las que podemos llamar respectivamente la unitaria y la dualista.

La dirección unitaria, cuyos orígenes los conocemos ya, se consagra legislativamente en el Código Prusiano, en el Código Civil francés, en el austríaco de 1811, en el italiano de 1865 y en el nuestro, donde el título XVIII del libro cuarto es común para todas las formas de prescripción. Su formulación clásica puede encontrarse en DOMAT: “la prescripción es un modo de adquirir y de perder el derecho de propiedad y cualquier otro derecho por el transcurso del tiempo” (31). Y DUXOB, de quien los redactores del Código francés han tomado, como he dicho, la mayor parte de las reglas en esta materia, decía que “la prescripción es un medio de adquirir el dominio de las cosas, poseyéndolas como propietario, y de liberarse de los derechos incorporales, de las acciones y de las obligaciones cuando aquél a quien pertenecen ha dejado de servirse de ellos y de ejercitarlos” (32). Recogiendo estas ideas BIGOT DE PREAMENEU, y con él el Código francés y el italiano de 1865, dirán que la “prescripción es un medio de adquirir o de liberarse por un cierto tiempo y bajo las condiciones determinadas por la Ley” (33).

La teoría unitaria tropieza, sin embargo, con serios inconvenientes. El más grave consiste en encontrar una definición que sea auténticamente unitaria. UNTERHOLZNER (34), que a principios del si-

(30) Vid. GARCÍA GÓMEZ, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, págs. 300 y sigs.

(31) Op. y loc. cit.

(32) Op. y loc. cit.

(33) Op. y loc. cit.

(34) UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinem im Deutschland geltenden Rechte*, Leipzig, 1828.

glo XIX compone una "Verjährungslehre", define la prescripción como aquella modificación (Veränderung) que experimenta una determinada relación jurídica con el paso del tiempo. Y CROME (35) trata de refundir en una fórmula unitaria las diversas especies diciendo que la prescripción es "una transformación reconocida por la ley de un estado de hecho en un estado de derecho, operada por el transcurso del tiempo". Las definiciones, así obtenidas, son demasiado vagas e imprecisas y resultan un blanco muy fácil para la crítica.

La primera observación que contra ellas cabe formular es que son aplicables no sólo a la prescripción, sino también a todas las demás modificaciones que acaecen en una situación jurídica merced al paso del tiempo. No se pone de relieve, por ejemplo, cual es la diferencia que separa a la prescripción de la caducidad. Una modificación jurídica e incluso una extinción de derechos por el paso del tiempo existen también en los derechos y titularidades temporalmente limitados, cuando transcurre enteramente su plazo de duración. Un usufructo, una sociedad o un arrendamiento se extinguen, cuando termina su plazo de duración. Los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial terminan también al cumplirse el término legal de duración. ¿Cuál es la diferencia radical que separa a estos fenómenos de aquel otro que conocemos específicamente con el nombre de prescripción? La pregunta queda sin aclarar.

La contraposición entre un "estado de hecho" y un "estado de derecho" parece pensada para la usucapión —paso de la posesión a la propiedad—, pero es muy difícilmente aplicable a la prescripción de un crédito, donde un estado de derecho —la relación obligatoria— se transforma en otro estado de derecho —la extinción o desvigorización de la relación obligatoria.

Finalmente, el hacer hincapié casi exclusivamente sobre el transcurso del tiempo es algo que no deja de contribuir a oscurecer el panorama. Es cierto que algunos autores han tratado de situar la prescripción precisamente en este punto: en la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas o en los derechos subjetivos. Hay —se dice— un hecho jurídico —el mero transcurso del tiempo— que altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas. Este modo de pensar no es exacto. El tiempo, en sí mismo considerado, como mero transcurso, no pertenece a la sustancia de la prescripción. Piénsese que un crédito puede prescribir a los quince años, ciertamente, pero puede prescribir también a los treinta, a los cuarenta y cinco, etcétera, si han mediado actos de ejercicio o de reconocimiento del derecho. El tiempo no es un elemento del fenómeno de la prescripción, como señalaban ALAS, RAMOS y DE BUEN, recordando el viejo aforismo "tempus non est modus constituendi vel dissolventi iuris" (36). El tiempo es únicamente medida de duración y esto lo

(35) Vid. la cita en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.^a edic., Madrid, 1952, I, 2.^o, pág. 667.

(36) En la obra citada, Madrid, 1961, pág. 8.

mismo en la prescripción que en los demás fenómenos vitales. Los elementos de la "facti species" de la prescripción son otros: que el acreedor y el propietario hayan permanecido largamente inactivos; que el poseedor se haya mantenido ininterrumpidamente en la posesión. Un ejercicio o un inejercicio continuados son los verdaderos elementos del fenómeno de prescripción.

La dificultad de la definición unitaria hace que una gran parte de la doctrina abandone incluso el intento y se conforme con una fórmula descriptiva que se limite a yuxtaponer las dos grandes especies. Así, por ejemplo, los anotadores de ENNECERUS definen la prescripción como "nacimiento o terminación de los derechos en virtud del ejercicio o del no ejercicio continuado de los mismos" (37).

Pero, si se llega a este punto, es claro que pueden encontrarse profundas diferencias entre las dos formas básicas de prescripción, a cambio de no haber encontrado en el fondo ninguna nota común, que pueda servir de una manera estricta para basar un concepto unitario rigurosamente científico.

Ello hace que la doctrina haya abandonado la tradicional teoría unitaria de la prescripción y haya tratado de desglosar las dos grandes especies en dos instituciones radicalmente diferentes, dando así paso a la llamada teoría dualista de la prescripción, cuyo origen suele situarse en las ideas de SAVIGNY, aunque, como hemos demostrado ya, se encuentra nítidamente expuesta en obras anteriores, como son las de VOET, HEINECIO, POTIER o BOURJON, ya citadas, y en los comentarios de una porción de institutistas y de pandectistas.

Es necesario, se dirá, deslindar dos instituciones radicalmente diferentes, cada una de las cuales cumple una función y una finalidad distinta, posee su propio régimen jurídico, una diferente denominación o terminología —usucapión y prescripción; Ersitzung y Verjährung; prescription y limitation (38)— y un diferente lugar en el sistema.

La prescripción y la usucapión son dos instituciones radical y completamente distintas:

1.º La usucapión es, fundamentalmente, un modo de adquirir. La prescripción, en cambio, es una causa de extinción. De esta diferente naturaleza se derivan un diferente campo de aplicación y una diferente eficacia jurídica.

2.º La usucapión se refiere exclusivamente al dominio y a los derechos reales, mientras que la prescripción afecta a todo tipo de derechos y, por tanto, lo mismo a los derechos reales que a los derechos de crédito.

(37) PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *Anotaciones a la trad. esp. de ENNECERUS*, Tratado de Derecho civil, I, 2.º, pág. 846.

(38) En el Derecho inglés se utiliza el nombre de "limitation" —limitation of action; statutes of limitation— para aludir a lo que nosotros llamamos usualmente prescripción extintiva y se reserva en cambio el nombre de "prescription" para la que suele llamarse adquisitiva.

3.º Desde el punto de vista de sus presupuestos aparecen también profundas diferencias entre la usucapión y la prescripción. La prescripción funciona en vista únicamente de la inactividad del titular del derecho: es la simple conducta omisiva —es decir, un requisito de tipo negativo— del titular del derecho, lo que la produce. La usucapión, en cambio, requiere algo más, como es una conducta positiva del beneficiado: una continuada e ininterrumpida posesión de la cosa. Como hace muchos siglos señaló ya BARTOLO con una gran agudeza la primera funciona “odio negligentiae”, mientras que la segunda lo hace “favore possessionis”.

4.º De todo ello se extraerá una última conclusión: que debe subrayarse la diferencia radical entre ambas instituciones, asignando a cada una de ellas no sólo una diferente terminología, sino también un diferente lugar en el sistema del Derecho civil. La usucapión tiene su sede, dentro del Derecho de Cosas, en el capítulo dedicado al estudio de los modos de adquirir la propiedad. La prescripción debe asentarse en la Parte General dentro del capítulo dedicado a los límites o a las causas de extinción de los derechos subjetivos. Esta es actualmente la posición predominante en la doctrina.

La prescripción —objeto ahora de nuestra atención— sería según esto simplemente, como señalan AZZARITI y SCARPELLO (39) o TORRENTE (40) la “extinción de un derecho subjetivo por la inercia prolongada de su titular”.

A pesar de su casi total predominio en la doctrina, tampoco este modo de pensar resulta enteramente satisfactorio. No han faltado autores que, aún encuadrándose dentro de lo que habíamos llamado la teoría dualista, como HEDEMANN (41) y NAENDRUP (42) no pueden por menos de reconocer el estrecho parentesco y la raíz común que existe entre la usucapión y la prescripción. Una clara confesión de este parentesco y de esta raíz común lo constituye también, en aquellos Códigos civiles, como el alemán y el italiano de 1942, que han instalado a ambas figuras en partes separadas del sistema, la continua remisión que unas normas tienen que hacer a otras, v. gr.: en materia de interrupción, de suspensión, de cómputo de los plazos, de renuncia, etc. Todo ello parece indicar que existe efectivamente alguna base común o algún elemento de unidad, que es menester averiguar para dejar rigurosamente establecido el concepto de prescripción, que ahora perseguimos.

Las diferencias entre ambas figuras no son, además, tan agudas

(39) En el *Commentario del Codice civile*, de SCIALOJA-BRANCA, Libro Sexto, *Tucla dei diritti*, Bologna-Roma, 1961, págs. 641 y sigs.

(40) TORRENTE (Andrea), *Manuale di Diritto Privato*, 3.ª edic., Milano, 1958, páginas 105 y sigs.

(41) HEDEMANN, *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3.ª edic. Berlín, 1960, págs. 141 y sigs.

(42) NAENDRUP, *Die Verjährung als Rechtscheinwirkung*, en Iherings Jahrb. vol. 75, 1925, pág. 237 y sigs.

como parece a primera vista. Consistían sustancialmente en una diversidad de efectos —adquisitivo y extintivo— y en una diversidad del campo de aplicación —el dominio y los iura in re aliena en un caso; todos los derechos de naturaleza patrimonial en el otro.

Pues bien, en primer lugar, puede ponerse en duda que exista en la prescripción un auténtico efecto de extinción de derechos, hablando rigurosamente (43). Como argumento de más fuerza puede citarse el caso del pago voluntario de la llamada deuda prescrita. Si la prescripción extingue, como se dice, el derecho de crédito, el pago de la deuda prescrita tendría que ser un pago de lo indebido, pues se trataría de cosa que no habría ya derecho a cobrar, en el sentido que a esta expresión da el artículo 1.895. Esta conclusión no ha sido nunca admitida y el pago de la deuda prescrita se ha considerado siempre como un pago justo y, por lo tanto, irrepetible. Para explicar esta consecuencia, anómala desde el punto de vista de la premisa de que se parte —extinción del derecho—, se ha acudido a la figura de la “naturalis obligatio”. Este hecho es ya por sí solo una paladina confesión de lo erróneo del punto de partida, pues, sin entrar ahora a examinar la exactitud o inexactitud de esta calificación de la deuda prescrita como obligación natural y admitiéndola con puros efectos dialécticos, siempre podría concluirse que la prescripción no determina la extinción de la relación obligatoria, sino únicamente una conversión de la “obligación civil” en “obligación natural” o, si se prefiere, una debilitación del vínculo obligatorio producida por una privación de los medios de defensa del derecho de crédito.

De la misma manera, la renuncia expresa o tácita a la prescripción y la simple falta de oposición por parte del deudor o del beneficiado con la prescripción, indican claramente que la relación obligatoria y el derecho de crédito no se han extinguido primero para renacer o resucitar después, sino que, en realidad, han continuado existiendo siempre.

Por último, conviene llamar la atención sobre la inexactitud en que se incurre, cuando se define la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio de los mismos. Aunque falte el ejercicio del derecho, es decir, aunque el titular incida en inactividad o en incercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento. Es muy difícil encontrar una fórmula que englobe ambos requisitos. Algunos autores han propuesto la de “silencio de la relación jurídica”, es decir, silencio del acreedor o sujeto activo (falta de ejercicio) y también silencio del deudor o sujeto pasivo (falta de reconocimiento). No es este el momento de adentrarse más por este camino. Lo expuesto es suficiente para demostrar la in-

(43) Sobre este tema, REGELSBERGER, *Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchverjährung*, en Iherings Jahrb., 41, pág. 238. También KLINGMÜLLER, *Über Klageverjährung und deren Wirkung*, Festgabe für Felix Dahn, Breslau, 1905, II, págs. 33 y sigs.

exactitud de las definiciones propuestas acerca de la extinción de derechos por falta de ejercicio.

Una argumentación semejante a la anterior puede hacerse en torno al llamado efecto adquisitivo de la usucapación: la restitución voluntaria de la cosa usucapida, el reconocimiento que el usucapiente puede hacer del derecho del dueño y la renuncia a la usucapación ganada demuestran, con toda claridad, que no hay un efecto adquisitivo inmediato, ni una doble transmisión de ida y vuelta —del dueño al usucapiente y del usucapiente al dueño— ni, en realidad, transmisión alguna.

Cabe además observar que adquisición y extinción son siempre fenómenos indisolublemente unidos o, acaso mejor, dos vertientes o dos perspectivas de un mismo fenómeno: la adquisición del dominio por una persona —*novus dominus*— va unida siempre a su extinción o pérdida en otra —*vetus dominus*—; la extinción de un crédito significa siempre la adquisición por el deudor de su liberación, como señalaba CARNELUTTI (44) recordando un viejo texto de PAULO: "*Species acquirendi est liberare dominum obligatione*".

Una crítica de la teoría dualista puede hacerse también en torno al campo de aplicación. Cabría sostener, como algunos autores franceses, que la usucapación tiene su ámbito de aplicación en el dominio y en los derechos reales, mientras la prescripción en sentido estricto lo tiene en los derechos de crédito (45). Esta configuración sería inexacta en nuestro Código civil, donde, según hemos visto, se considera la prescripción extintiva de las acciones reales como algo enteramente distinto de la usucapación. La configuración propuesta suscita además otra duda importante: la relativa a una posible usucapibilidad de los derechos de crédito, que preocupó ya a los posglosadores y a los canonistas, según enseña BUSSI (46), en relación sobre todo con rentas, pensiones o prestaciones análogas que una persona había venido percibiendo sin interrupción, es decir, que había "poseído" en este sentido. En materia de títulos valores el problema ha tenido que ser resuelto en un sentido afirmativo, si bien recurriendo para ello a la ficción de considerar al título como una cosa mueble (47).

Apurando el argumento todavía más cabe recordar que el problema de la usucapibilidad se puede plantear, y de hecho se plantea, en relación con los llamados "derechos incorporales". Cabe pensar, por ejemplo, como posible una usucapación del derecho al nombre —nombre de familia, nombre nobiliario, nombre comercial—: en la usucapación de un estado civil, producida en virtud de una constante posesión del estado unida a una falta de utilización de los medios de impugnación del mis-

(44) En Riv. Dir. Proc. Civ., 1933 (*Appunti sulla prescrizione*, vol. X, I, páginas 32 y sigs.).

(45) Vid. MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, II, París, 1962.

(46) BUSSI, *La formazione dei dogmi del Diritto Privato nel Diritto Comune*, Padova, 1937.

(47) Sobre el tema vid. ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, Mexico, 1947.

mo por las personas que se encuentren legitimadas para ello; en la usucapción de bienes inmateriales, como son, v. gr.: las patentes de invención, las marcas comerciales, etc.

IV

Todo el itinerario que llevamos recorrido parece demostrar que el problema es cualquier cosa menos claro en su planteamiento y en su solución y que es aconsejable profundizar hasta la raíz con el fin de dejarlo definitivamente resuelto.

Un concepto preciso y rigurosamente científico de la prescripción no puede darse, sin haber antes decidido las siguientes cuestiones:

1.º Saber cuál es el *objeto de la prescripción*, es decir, dilucidar si afecta directamente al derecho subjetivo considerado como unidad o únicamente a las acciones concedidas para hacerlo valer y defenderlo.

2.º Determinar cuales son los *prespuestos de la prescripción*, es decir, los requisitos o condiciones necesarias para que pueda entrar en juego.

3.º Determinar cuales son los *efectos de la prescripción*, lo cual, a su vez, exige averiguar: primero, si la prescripción tiene que ser invocada por los interesados o puede, en cambio, ser acogida de oficio por el juez; segundo, si es o no automática, es decir, si sus efectos se producen o no de un modo inmediato; y finalmente, si puede hablarse y hasta qué punto, de un efecto extintivo y de un efecto adquisitivo.

4.º Determinar cuales son las verdaderas *relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapción*, aclarando si son dos especies de una institución única, dos instituciones radicalmente diversas que nada tienen que ver entre sí una con otra o dos instituciones estrictamente ligadas con una base común y, en este caso, averiguar cual es esta base común.

5.º Determinar, finalmente, cuales son las verdaderas *relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada caducidad*, con el fin de establecer, con la mayor claridad posible cual es la específica diferencia que separa a la primera de la segunda.

1

El primero de los temas que, según hemos dicho, es necesario resolver, para dar un concepto estricto de la prescripción, es el que trata acerca del objeto de la prescripción.

Al tratar de configurar la prescripción se discute extraordinariamente si lo afectado directa e inmediatamente por ella es el derecho subjetivo considerado como unidad o si es únicamente la acción para hacerlo valer. En el primer sentido ("prescripción de derechos"), la prescripción suele ser considerada como un modo de extinción de los

derechos subjetivos producido por una prolongada falta de ejercicio de los mismos, durante el período de tiempo señalado por la ley. Si se sigue, en cambio, la segunda dirección ("prescripción de acciones"), toda vez que la acción es únicamente el "ius persecuendi in iudicio", la prescripción, afectando únicamente a la acción, no tendría otro efecto que el de paralizar o impedir la defensa judicial o procesal del derecho subjetivo. Después de la prescripción el derecho subjetivo continuaría subsistiendo, aunque falto de toda posibilidad de encontrar amparo ante los Tribunales.

Esta tesis de la "prescripción de acciones" conduce a una serie de consecuencias que no son enteramente satisfactorias. En primer lugar, conforme a la tesis mencionada, la prescripción se configura exclusivamente como una institución de carácter procesal. Su eficacia es puramente procesal. Es simplemente un medio de defensa, que las partes pueden utilizar dentro de un proceso, el carácter extemporáneo o envejecido de la pretensión del adversario. Esta consecuencia aparece perfectamente clara, por ejemplo, en el Derecho inglés donde los "statutes of limitation" son típicamente reglas de carácter procesal. En segundo lugar, como ya hemos apuntado, se entiende que la prescripción mata la acción, es decir, el "ius persecuendi in iudicio"; en cambio deja subsistente el derecho subjetivo dentro del mundo del derecho sustantivo; mas acontece que un poder jurídico privado de protección y de defensa judicial es algo enteramente desnaturalizado. No es en rigor un verdadero derecho subjetivo. ¿Qué resta entonces? A juicio de los sostenedores de este modo de pensar, únicamente una "obligación natural". Si ahora se recuerda toda la confusa dificultad de la teoría de las obligaciones naturales, se comprenderá en seguida la aporía a que conduce la tesis de la "prescripción de acciones". Por otro lado, en la doctrina se ha puesto de manifiesto que la eficacia de la prescripción no es solamente procesal. Cabe también, como observaba SAHM (48), un ejercicio extrajudicial de la prescripción.

El abandono, más o menos expreso, de la tesis de la "prescripción de acciones" lleva a muchos autores a pensar que lo inmediatamente afectado por la prescripción es el derecho subjetivo considerado como unidad. Esta tesis, a la que nosotros hemos llamado, por contraposición con la anterior, de la "prescripción de derechos", considera que es el derecho subjetivo lo que extingue en virtud del continuado e ininterrumpido inejercicio. La tesis de la prescripción como modo de extinción de los derechos subjetivos se encuentra hoy generalizada entre los civilistas italianos, y, entre nosotros, es también la que parece predominar.

La tesis de la "prescripción de derechos", rigurosamente entendida, conduce, sin embargo, a unas consecuencias que tampoco son enteramente satisfactorias. Ante todo, habrá que observar que todo se hace

(48) SAHM, *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede*, en IheringsJahrb., 49, 1905, págs. 59 y sigs.

depender de un concepto —el de derecho subjetivo— que no diré que sea un concepto confuso, pero sí que no reina, en torno a él, la deseada unanimidad dentro de la doctrina. En segundo lugar, parece claro que con la prescripción no siempre queda extinguido el derecho subjetivo considerado como unidad, sino que en muchas ocasiones únicamente una parte de su contenido se ve afectada por ella. Habría entonces únicamente una “modificación” o una “limitación” del derecho subjetivo, pero no una verdadera extinción del derecho.

Acaso para salvar esta dificultad, WINDSCHEID (49), y con él el Código Civil alemán, han constituido, en torno precisamente a la figura de la prescripción, la idea de “Anspruch” y han configurado la prescripción precisamente como una “Anspruchentkraftung” y no como una extinción de derechos. Esta tesis, a la que se ha podido llamar, por contraposición a las dos anteriores, de la “prescripción de pretensiones”, distingue la “Anspruch” frente a la acción y frente al derecho subjetivo. “Anspruch” es —se dice— un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La “Anspruch” —que pertenece al mundo del derecho sustantivo— se distingue perfectamente de la “actio”, entendida como “ius persecuendi in iudicio”, que se correspondería en la terminología alemana con la “Klage” o, acaso mejor, con el “Klage-recht”. Pero la “Anspruch” se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona. Derecho subjetivo es, por ejemplo, el derecho de dominio. “Ansprüche” son el poder de reivindicar, es decir, de exigir del poseedor la restitución de la cosa, el poder de defender la libertad del fundo exigiendo de otro una abstención de actos de uso o de disfrute, etc.

La palabra “Anspruch” ha sido en alguna ocasión traducida, entre nosotros, como “pretensión”, y se ha hablado así, como ya he dicho, de una “prescripción de pretensiones”. Esta versión no me parece adecuada. Como he sostenido en otro lugar, la idea de “pretensión”, al menos entre nosotros, no indica *un poder* jurídico para exigir una conducta de otro, sino el *acto* efectivo de ejercicio del derecho frente a otro.

A mi juicio las “Ansprüche” son “facultades jurídicas”. Llamo facultad a todo poder concreto que forma parte de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. En este sentido, además, es en el que la ley civil habla de “acción” —acción en sentido sustantivo— y en el que se refiere a la prescripción de “acciones”.

Cuando el Código Civil habla de acción pauliana, rescisoria, de nulidad, etc., no se refiere a un “ius persecuendi in iudicio”, sino a la facultad que una persona posee para dirigirse a otra y exigirle una conducta o imponerle un determinado resultado. Este es, a mi juicio, el verdadero sentido de la idea de “Anspruch”: el de facultad de exigir.

(49) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSÀ, vol. 1.º, Torino 1902.

En nuestro Derecho se propende a considerar que es el derecho subjetivo el objeto inmediato de la prescripción y este modo de pensar tiene, no cabe duda, un fuerte apoyo en los artículos 1.930 y 1.932 del Código. El problema, a mi juicio, sólo puede resolverse partiendo de un determinado concepto de lo que el derecho subjetivo sea. Yo tomo aquí el que he recibido (50) y entiendo por derecho subjetivo una situación de poder concedida a la persona y compuesta por un conjunto de facultades que se agrupan unitariamente. Pues bien, partiendo de esta idea, a mí me parece muy claro que lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesariamente el derecho subjetivo considerado como unidad, sino solamente alguna de las facultades que lo componen. Sustituyo deliberadamente la idea de "acción", que es, como veíamos, confusamente procesal, por la de "facultad". Algún ejemplo puede poner en claro esta idea: si el propietario demora el ejercicio del poder que posee para defender la libertad del fundo frente a quien se está comportando como titular de un *ius in re alien* es claro que no se extingue por ello su entero derecho de dominio. Si un arrendador se retrasa en reclamar la merced arrendaticia, es claro que sólo perderá aquellas sumas determinadamente antiguas, pero no las más recientes, ni las sucesivas, ni mucho menos aún su entero derecho de crédito. No se extingue, aunque se reduce, su derecho de crédito. Lo mismo cabe decir del acreedor respecto de los intereses del préstamo o de quien pierde la acción frente a uno de los deudores, conservándola frente a los demás. La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción sólo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce. Sin embargo, cuando la facultad que prescribe es la que podríamos llamar la facultad central o sustancial del derecho subjetivo, como es, por ejemplo, la de reivindicar respecto del derecho de dominio o la de reclamar la deuda respecto del derecho de crédito, la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho.

El viejo brocardo "*in facultativis praescriptio non datur*" se sustituye así radicalmente, pues es en las facultades donde se da, de modo directo, la prescripción.

La regla de que la prescripción se da en las facultades jurídicas reclama todavía alguna puntualización. Facultad es, según hemos dicho, cada posibilidad concreta de actuar que forma parte del contenido de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Dentro del concepto genérico de "facultad", es posible distinguir una pluralidad de especies.

Hay, en primer lugar, una serie de facultades que permiten a su titular dirigirse a otra persona reclamando de ella una acción o una

(50) CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 566 y sigs. También, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1955, págs. 110 y sigs.

omisión, a las que podríamos llamar provisionalmente "facultades de exigir". Junto a las facultades de exigir existen otras que permiten a su titular, mediante un acto de su voluntad, influir decisivamente en la configuración de una situación jurídica, constituyéndola, modificándola o extinguiéndola, a las que llamamos "facultades de modificación jurídica".

Fuera de estos dos grupos, que son los que ahora nos interesan especialmente, existen también otras facultades de muy diversa naturaleza como son, por ejemplo, las facultades puramente declarativas, las facultades directas, que permiten a su titular realizar él mismo determinados actos sobre las cosas, etc.

Pues bien, establecida la anterior tipificación, nosotros podemos afirmar ahora que prescriben las facultades de exigir, frente a las facultades de modificación jurídica, que son objeto de caducidad.

Como ya hemos indicado, una facultad de exigir permite a su titular dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión. Cuando es judicialmente ejercitada, por tanto, una facultad de exigir se traduce siempre en la solicitud de una condena a cargo del demandado y a favor del demandante. La "condena", en sentido civil, es siempre una conducta que el demandado debe realizar y que el demandante puede recibir. Por esto, adoptando una terminología procesalista se podría decir que el objeto de la prescripción lo constituyen las "acciones de condena".

Se comprende así que la facultad de exigir, tal como queda entendida, puede derivar lo mismo de un derecho absoluto o real que de un derecho relativo o personal. La restitución de la cosa poseída por el poseedor *non dominus* frente a la reclamación del propietario es una conducta debida exactamente igual que el pago de una deuda.

Queda, pues, claro que el objeto directo e inmediato de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas las que hemos llamado "facultades de exigir".

2

El segundo de los temas, cuyo examen es necesario para establecer un concepto de prescripción, es, como se recordará, el relativo a la determinación de los requisitos o presupuestos de la prescripción. Para la doctrina usual, según hemos visto, el presupuesto de la prescripción consiste en la falta de ejercicio de un derecho subjetivo prolongada durante un período de tiempo determinado por la ley. Esta fórmula, como en páginas anteriores hemos apuntado ya, no es enteramente exacta. Un derecho subjetivo no prescribe, cuando, aunque su titular haya dejado de ejercitarlo, ha sido reconocido por el deudor o sujeto pasivo. No basta la falta de ejercicio del titular. Es menester que a esta falta de ejercicio se una también una falta de reconocimiento, expreso o tácito, por parte del sujeto pasivo del derecho.

Para englobar ambos elementos, falta de ejercicio y falta de reconocimiento, en una sola fórmula, algunos autores han hablado, como decíamos, de un "silencio de la relación jurídica" (51) como presupuesto de la prescripción. Es menester, para que la prescripción se produzca que la relación jurídica esté como dormida, que no se den en ella síntomas de vida.

La idea del silencio de la relación jurídica, aún sin ser inexacta, a mí me parece demasiado vaga e imprecisa, por lo que convendrá puntualizarla de alguna manera. Decía antes que el objeto inmediato de la prescripción es una "facultad de exigir". Pues bien, si al acto de ejercicio de la facultad de exigir nosotros le llamamos "pretensión", creo que podemos sostener que el presupuesto de la prescripción es una pretensión tardía o, si se prefiere, el carácter tardío de una pretensión (52). Pero, ¿cuándo puede decirse de una pretensión que es tardía? El primer requisito para que pueda hablarse de "pretensión tardía" es claro que tiene que consistir en el transcurso de un determinado periodo de tiempo entre el momento en que la pretensión pudo y diligentemente tuvo que ser formulada y el momento en que lo es de hecho. El primer requisito de la pretensión tardía, es, pues, el retraso del ejercicio. El retraso es una condición necesaria, pero no suficiente de la prescripción. Hay, en este orden de ideas, un hecho tremendamente significativo, sobre el cual ya con anterioridad hemos llamado la atención. Un determinado crédito puede prescribir a los quince años, mientras que otro de la misma naturaleza puede en cambio no prescribir hasta los treinta, cuarenta y cinco, etc. de su exigibilidad. Basta para ello que en el intervalo se hayan producido actos de reclamación o actos de reconocimiento. Un *longum silentium* o, por lo menos, un *silentium* es también requisito para que una pretensión pueda calificarse de tardía. Este previo silencio es una falta de manifestaciones exteriores, de síntomas de la vida del derecho subjetivo. Es una falta de actos de afirmación de la existencia del derecho.

Mas con todo ello no hemos hecho sino bordear la periferia del problema, sin penetrar todavía en su raíz. Para hacerlo, habrá que preguntarse cuál es la razón por la cual esta falta de actos de afirmación de la existencia del derecho permite condenarlo a la prescripción. Este tema no puede ser ahora explayado con la necesaria extensión. De momento basta subrayar que esta razón no se encuentra en la omisión o en la negligencia del titular —si frente a un titular negligente un obligado leal realiza actos de reconocimiento, el derecho no prescribe. Tampoco puede encontrarse en el envejecimiento de la pretensión, en el olvido o en la pérdida de la memoria. Esta razón no justificaría las prescripciones rapidísimas, v. gr.: anuales o

(51) ALAS-RAMOS-DE BUEN, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, páginas 46 y sigs.

(52) Cfr. *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, págs. 218 y sigs.

trienales, donde el ejercicio del derecho es tardío o extemporáneo, pero no puede hablarse de envejecimiento o de antigüedad.

A mi juicio la razón última de la prescripción radica en la espera a que razonablemente puede ser sometido el deudor o sujeto pasivo. Esta espera de la pretensión tiene que poseer una duración razonable dadas las circunstancias. La sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisibile. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y la característica esencial de la pretensión tardía o extemporánea.

Lo que ocurre es que en la prescripción esta objetiva deslealtad o esta objetiva inadmisibilidad no se determina con arreglo a las circunstancias de cada caso, sino de conformidad con unos cánones preestablecidos (plazos fijos, causas predeterminadas de interrupción o de suspensión, etc.). El ordenamiento jurídico procede aquí de una manera muy peculiar, en aras probablemente de la seguridad jurídica. Es la misma idea que hace que la adquisición de una plena capacidad de obrar se ligue con el cumplimiento de una edad determinada, sin tener en cuenta para nada el desarrollo físico y mental o la aptitud natural de la persona. Esta medida de la objetiva deslealtad del retraso con arreglo a cánones predeterminados, que sirve para diferenciar a la prescripción de algunas figuras afines, constituye la más profunda esencia de la prescripción, cuyo presupuesto consiste, por tanto, en la formulación tardía de una pretensión, entendiéndose como tal aquella que, atendido el previo silencio y el tiempo transcurrido, la ley considera como objetivamente desleal.

3

Para establecer un concepto estricto de la prescripción es necesario también resolver el problema relativo al modo de su funcionamiento. Este problema suele ser planteado en la doctrina preguntando si la prescripción actúa ipso jure o si, en cambio, tiene que ser hecha valer en juicio por los interesados, es decir, si actúa "ope exceptionis" (53). Al plantear así el problema se confunden e implican, a mi juicio, cuestiones muy diversas, que conviene deslindar con toda claridad.

Cuando nos preguntamos cuál es el modo de funcionamiento de la prescripción el interrogante puede tener sentidos distintos, según que tratemos de averiguar si es preciso, para que la prescripción tenga lugar, que la invoque o la alegue expresamente un interesado (54) o

(53) Sobre el tema, especialmente COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. cast., México, 1949, pág. 513.

(54) Al decir "que la invoque o alegue expresamente un interesado" se reconoce que la legitimación para poner en juego la prescripción no corresponde sólo al sujeto pasivo del derecho en prescripción. El art. 1.937 es terminante

si puede en cambio el juez acogerla de oficio: todavía, en este orden de ideas, la pregunta puede ir dirigida a dilucidar si esa alegación o esa invocación de la prescripción por el interesado tiene que ser hecha en un juicio o puede realizarse extraprocesalmente, y, en el primer caso, si la invocación de la prescripción constituye o no una excepción en sentido técnico. En cambio, el interrogante sobre el modo de funcionamiento de la prescripción cobra una significación enteramente diversa cuando lo que tratamos de averiguar es si el efecto prescriptivo se produce o no automáticamente o "ipso iure", como suele decirse, o sea, si el efecto prescriptivo se produce desde el cumplimiento del plazo de prescripción o si se produce con la invocación o alegación y, en este último caso, si ese efecto, ha de retrotraerse al cumplimiento del plazo.

Todavía en el mismo orden de ideas —modo de funcionamiento de la prescripción— cabe cuestionar si su efecto es rigurosamente extintivo de la facultad o del derecho prescrito o si en cambio se limita a atribuir al interesado únicamente la posibilidad de enervar, repeler o detener la inadmisibilidad de la pretensión tardía.

a) La primera de las cuestiones planteadas, a saber, si es preciso para que la prescripción tenga lugar que la invoque o la alegue expresamente un interesado o si puede en cambio el juez acogerla de oficio, se encuentra claramente resuelta en las fuentes romanas, según hemos visto, y en la doctrina del Derecho intermedio la cuestión parece que continuó siendo pacífica. Cito la opinión de CUIACIO (55):

en el sentido de que la prescripción puede ser hecha valer por "los acreedores y cualquier otra persona interesada". En la doctrina se ha considerado esta posibilidad como una forma de legitimación extraordinaria y se ha tratado de entroncar la figura que aquí aparece con la acción subrogatoria y con la acción pauliana, lo que, en principio sería correcto si en el precepto citado se hablara sólo de los "acreedores" y no también de "otros interesados", que no tienen porque ser acreedores. A mi juicio el artículo 1.937 hay que interpretarlo del siguiente modo. El art. 1.937 quiere decir, en primer lugar, que la prescripción puede ser invocada por cualquier interesado. Esta invocación, sin embargo, no se hace en nombre o en sustitución del que normalmente sería el directamente beneficiado con ella —es decir, el sujeto pasivo del derecho en prescripción—, ni para que surta sus efectos en el patrimonio de éste. La invocación de la prescripción por un tercer interesado no puede hacerse más que con el fin de resolver los conflictos que existan entre este tercer interesado, que le invoca, y el titular del derecho prescrito. Parece que se sigue de ello una relatividad, o, si se prefiere, una eficacia relativa de la prescripción; es decir, un derecho puede valer como prescrito para unas determinadas personas —los acreedores, los interesados, etc.— y como no prescrito para otras —el deudor renunciante—, sobre todo en cuanto a las consecuencias que unos y otros pueden derivar de este derecho.

La invocación de la prescripción por cualquier interesado, por otra parte, no significa, a mi juicio, un ensanchamiento del círculo de personas legitimadas, para ejercitar una única facultad de prescripción cuyo titular, en rigor, es el sujeto pasivo del derecho prescrito, sino la atribución a cada interesado de una específica y concreta "facultad de prescripción". No hay, pues, una única facultad con múltiples legitimados, sino múltiples facultades.

(55) Vid. CUIACIO, *Opera Omnia*, Prati, 1838, Coment. ad. Dig. 44, 3 (de div. tempor. praescr.).

“Praescriptio nihil aliud est quam exceptio”. Y la de VOET (56): “In specie tamen praescriptionis appellatione veniunt temporales praescriptiones seu exceptiones quae actori obijciuntur ut ab agendo excludatur, eo quod non egit intra tempus a lege praefinitum” (57). Más recientemente BIGOT (58) caracterizará rotundamente a la prescripción como un “fin de non recevoir”. El artículo 2.223 del Código Civil francés, que es también el artículo 2.109 del italiano de 1865 y el 1.943 de nuestro Proyecto de 1851, al decir literalmente que “si los interesados en defenderse por la prescripción dejan de oponerla, no puede el juez suplirla de oficio”, permitirá sostener a AUBRY-RAU (59) que la prescripción es fundamentalmente una excepción mediante la cual se puede repeler una acción por el hecho de que el que la propone haya dejado de ejercitarla durante un determinado período de tiempo. En el mismo sentido habla FERRARA (60) de una “excepción de prescripción”. Y el parágrafo 222 del Código Civil alemán —“Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt die Leistung zu verweigern”— permite a RIEZLER decir en el Kommentar de STAUDINGER que prescripción es sustancialmente la “imposibilidad jurídicamente reconocida de actuar una pretensión contra la voluntad del sujeto pasivo” (61) y a la doctrina alemana, en general, caracterizar a la prescripción como un “Leistungsverweigerungsrecht” (62).

Nuestro Código Civil, en cambio, no ha resuelto el problema de un modo directo. Antes bien, parece haberlo eludido intencionadamente. Parece, desde este punto de vista, extraordinariamente significativo y sintomático que no haya recogido el artículo 1.943 el Proyecto de 1851. Más aún, cuando el artículo 1.961 dice que “las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley”, la frase “por el mero lapso de tiempo” no puede por menos de suscitar alguna perplejidad. ¿Quiere todo ello decir que se ha producido un cambio de criterio y de orientación de nuestro Código Civil? Esta conclusión no me parece absolutamente necesaria. Para resolver el problema es menester interpretar los preceptos del Código de una manera sistemática. Y en este sentido vale la pena recordar que en nuestro Derecho el hacer valer la prescripción se deja al arbitrio del de-

(56) VOET (Juan), *Commentarius ad Pandectas*, cit.

(57) También, PARLADORIO, *Rerum Quotidianarum*, lugar cit.; y BARBOSA, *Commentarii ad rubricam et legem Codicis de praescriptionibus 30 vel 40 annorum*, Lisboa, 1627, “Iudex non potest supplere exceptionem praescriptionis nisi a parte opponatur” (núm. 205, pág. 177).

(58) BIGOT, *Exposé de Motif*, lugar cit.

(59) AUBRY-RAU, *Cours de Droit Civil*, II, págs. 475 y sigs.

(60) FERRARA, Luigi, *Diritto Privato attuale*, 2.^a edic., Torino, 1948, páginas 798 y sigs.

(61) RIEZLER en STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch*, volumen I., München, 1908.

(62) NAENDRUP, en op. y loc. cit., pág. 237 y sigs.; cfr. también LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1960, pág. 338 y sigs.; SIEBERT, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart, 1959, págs. 680 y sigs.

mandado (art. 1.404 L. E. C.), que el favorecido con la prescripción pueda renunciar a ella expresa o tácitamente (art. 1.935), que puede también reconocer el derecho caído en prescripción y de este modo revigorizarlo y que puede finalmente restituir la cosa, cumplir la prestación o pagar la deuda.

Piénsese, además, que, sin perjuicio del interés general, a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el interés del sujeto pasivo. Se considera injusto y por ello inadmisibles que una persona quede expuesta a pretensiones tardías. Pues bien, si el interés directamente tutelado es este, es claro que su ejercicio tiene que corresponder únicamente a los interesados. De ello se deduce, a mi juicio, que la prescripción no puede ser nunca puesta en marcha de oficio, sino que su aplicación tiene que ser provocada por quien tenga interés en ella.

Un problema distinto es el relativo a si la prescripción constituye o no una excepción en el sentido técnico de la palabra, es decir, un medio de defensa del demandado frente a la acción del demandante, problema que parece en cambio que ha de ser resuelto en sentido negativo. La prescripción ha de ser ciertamente invocada o alegada por el favorecido, pero esta invocación o esta alegación es independiente de la posición que en el proceso ocupe el interesado. Cabe pensar así: *primero*, que el favorecido con la prescripción inicie él mismo una acción para que se declare la situación jurídica que la prescripción ha creado en su favor; *segundo*, que el favorecido con la prescripción oponga o excepciones frente a la demanda del titular del derecho prescrito; y *tercero*, que la prescripción se haga valer por vía de réplica frente a una contestación o frente a una reconvenición del demandado: si frente a la demanda de un crédito el demandado opone la compensación, el actor puede sin duda replicar la prescripción del crédito que el demandado pretende compensar. La prescripción es pues una "objeción" —es decir, lo que los alemanes llaman una "Einwand"— en el más amplio sentido de la palabra.

En suma, la prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez. Tiene que ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella. Esta invocación o esta alegación, dentro de un proceso, de la prescripción, es independiente de la posición procesal que el favorecido ocupe, de donde se deduce que la prescripción no constituye necesariamente una "excepción" en sentido técnico, aunque este sea el cauce normal para hacerla valer.

Una cuestión diversa de las anteriores, aunque implicada en el planteamiento, es la que hace referencia a si la invocación o la alegación de la prescripción tiene que hacerse necesariamente en juicio o sí, por el contrario, cabe un ejercicio extrajudicial de la prescripción. La doctrina tradicional que configuraba la prescripción como una excepción la asignaba claramente naturaleza procesal. Sólo dentro de un proceso puede hacerse valer la prescripción, cuyo efecto es también

exclusivamente procesal: servir de fundamento a la desestimación de la acción prescrita.

La doctrina moderna, a mi juicio con mucho más acierto, ha subrayado vigorosamente que es posible un ejercicio extrajudicial de la prescripción (63). El favorecido con la prescripción puede ejercitar este medio de defensa de su interés, que la ley le concede, mediante la simple emisión de una declaración unilateral de voluntad. Este ejercicio extrajudicial de la prescripción comporta, en primer lugar, la posibilidad de rehusar justamente la prestación o la conducta debida. Comporta, además, la posibilidad de que el beneficiado con la prescripción instaure la situación jurídica que crea la desaparición del derecho prescrito y obtenga de ello todas sus consecuencias. El propietario, dice COVIELLO (64), una vez prescrito el *ius in re*, puede enajenar el fundo como libre del gravamen. El deudor, cuando la deuda ha prescrito, puede cancelar las garantías, etc.

Esta posibilidad de ejercicio extrajudicial de la prescripción indica, a mi juicio con toda claridad, que la prescripción, desde el punto de vista del derecho sustantivo, constituye una facultad que la ley confiere a determinadas personas cuyo interés trata de proteger. Cabe, de esta manera, hablar de una facultad de invocar la prescripción o, más abreviadamente, de una "facultad de prescripción".

b) Un problema mucho más difícil es el que consiste en averiguar si el efecto prescriptivo se produce o no automáticamente o *ipso iure*, como suele decirse. La primera solución —automatismo del efecto prescriptivo— significa que éste se produce con independencia de la voluntad privada, por obra de la ley, en el momento mismo en que termina el plazo de prescripción. La segunda solución significa que el efecto prescriptivo nace y se produce "ex voluntate" y, por lo tanto, no en el momento de cumplirse el plazo, sino en el momento en que la prescripción es invocada o alegada. La primera solución tropieza con la dificultad de conciliar la idea del automatismo con la necesidad de invocación o de alegación. La segunda, por su parte, encuentra el inconveniente de referir el efecto prescriptivo producido "ex voluntate" a un momento anterior, como es aquél en que el plazo quedó cumplido, lo que obliga a acudir al expediente de la retroactividad.

El problema presenta, como antes decía, una gran dificultad. Nuestro Código Civil, además, no arroja en este punto una luz completa. Es cierto que el artículo 1.961 dice literalmente que "las acciones

(63) SAHM, *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede*, cit., págs. 59 y sigs., pone de relieve cómo en la doctrina del derecho común y también en la literatura creada alrededor del B. G. B. es punto de vista dominante que la excepción de prescripción únicamente puede ser hecha valer en un proceso eficazmente. El autor no discute la exactitud de este punto de vista en el derecho común, pero lo debate en el derecho moderno, llegando a la conclusión de que la prescripción es una "Einrede" en sentido jurídico-material, por lo que cabe perfectamente un ejercicio extrajudicial, por ejemplo, mediante simple declaración unilateral de voluntad, rehusando la prestación, etc.

(64) Obra cit., págs. 513 y sigs.

prescriben *por mero lapso* del tiempo fijado por la ley” y que esta frase —*por el mero lapso* del tiempo— suscita como más arriba se indicó alguna perplejidad y parece aludir a una prescripción automática. No creo, sin embargo, que sea ésta la interpretación correcta del artículo 1.961. Cuando el artículo 1.961 dice que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley, lo que quiere decir, en realidad, es que lo que nuestro Código llama “prescripción de acciones” no necesita ninguno de los requisitos que antes ha exigido para la llamada prescripción adquisitiva, es decir, ni la posesión, ni la buena fe, ni el justo título. Que la interpretación del texto del artículo 1.961 es ésta, se desprende con entera claridad, de los precedentes del Código y de las afirmaciones de los primeros comentaristas. “A diferencia de lo que ocurre en la prescripción adquisitiva —dice MANRESA—, en la presente no es necesaria la concurrencia de título, de buena fe, de posesión, ni de ningún otro requisito, pues basta, para que surta sus efectos, el mero lapso del tiempo fijado por la ley” (65).

Pues bien, si la interpretación correcta del artículo 1.961 es esta, es cierto que el Código no nos suministra luz sobre el problema del automatismo de la prescripción. El punto de partida de la investigación hay que llevarlo a un lugar distinto, que no puede ser otro que esa necesidad de invocar o de alegar, esa necesidad de ejercitar la facultad de prescripción, a que antes aludíamos. ¿Cómo se concilia con el necesario ejercicio de la facultad de prescripción el pretendido efecto automático? ¿Cómo puede decirse que un efecto automáticamente producido necesita un acto de voluntad particular? Una dificultad semejante sólo puede ser salvada distinguiendo entre la producción del efecto jurídico —automática, *sine voluntate*— y la puesta en vigor o la actuación de ese efecto ya producido —*ex voluntate*—. La distinción parece sin embargo demasiado sutil. No se ve cómo o por qué ha de ser necesaria la “actuación” de un efecto jurídico que ya se ha producido. En el mismo sentido, si se omite esa “actuación”, es decir, si se omite ejercitar u oponer la prescripción, entonces, conforme a la tesis que examinamos, tendría que desaparecer un efecto jurídico ya producido, pero que no ha tenido nunca ninguna virtualidad.

La conclusión que de ello se obtiene, es la inexactitud del punto de vista de que se parte. El cumplimiento del plazo de prescripción, automáticamente, no produce otro efecto jurídico que el de atribuir al interesado una facultad, que es la “facultad de prescripción”. Los demás efectos jurídicos derivan del acto de ejercicio de la facultad de prescripción.

Un problema distinto es el relativo a si las consecuencias del ejercicio de la facultad se retrotraen o no al momento del cumplimiento del plazo, es decir, si la eficacia prescriptiva es “*ex nunc*” o es “*ex tunc*”, que, a mi juicio, debe resolverse en el sentido de admitir la

(65) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XII, Madrid, 1921, págs. 901 y siguientes.

retroacción del efecto prescriptivo, producido en el momento de la invocación, al momento anterior del cumplimiento del plazo.

4

Todas estas conclusiones nos permiten cubrir la cuarta etapa, que era, como se recordará, dilucidar las relaciones existentes entre la llamada usucapión y la llamada prescripción extintiva. Creo que el análisis de este problema ganará claridad si lo partimos en dos según que su objeto sea el dominio o los demás derechos reales.

¿Cómo se compaginan respecto del derecho de dominio, la usucapión y la prescripción extintiva? Parece claro que, producida la usucapión en favor de una persona, el usucapiente, "novus dominus", éste hecho entraña, al mismo tiempo, contemporáneamente, una pérdida del dominio del "vetus dominus". Una usucapión tiene lógicamente que coincidir con una pérdida del dominio. Usucapión y pérdida del dominio son, por decirlo así, como el haz y el envés de un mismo fenómeno jurídico.

La cuestión radicará entonces en determinar si esta pérdida del dominio del "vetus dominus", que se produce siempre en toda usucapión, constituye una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria o si es un hecho jurídico de naturaleza diferente. Creo que para nuestro Código Civil, efectivamente, la pérdida del dominio del vetus dominus, que se produce en toda usucapión, en un caso de prescripción extintiva de la acción real. Esto queda claro con la lectura de los artículos 1.962 y 1.963. Las acciones reales prescriben a los seis años —sobre muebles— y a los treinta años —sobre inmuebles— "salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio". Y así es también en realidad: el derecho del vetus dominus se extingue por prescripción. Puede, por tanto, afirmarse que *toda usucapión del dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria*.

¿Es cierta también la proposición contraria? ¿Cabe una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria que no coincida con una usucapión? Frente a este problema los ordenamientos jurídicos y las direcciones doctrinales han seguido dos orientaciones. La primera consiste en considerar que no prescribe la acción reivindicatoria en tanto que no se haya producido una possessio ad usucapionem que perturbe el derecho de dominio. No importa la duración del silencio o de la inacción del titular. La inercia que determina la prescripción no es el simple inejercicio, sino, como dicen los italianos, la "mancata difesa" del derecho violado. La respuesta a nuestro interrogante nos llevaría otra vez a la coincidencia del fenómeno de usucapión-prescripción aunque no por la inacción del titular, sino por la acción del poseedor. Éste es criterio general en la doctrina italiana (66).

(66) Valgan por todas las opiniones de ASCOLI, *Prescrizione estintiva e reivindicatoria*, Studi SCIALOJA, I, pág. 473; AZZARITTI-SCARPELLO, op. y loc. cit., página 548.

Un criterio distinto es el que parece seguir nuestro Código Civil. La acción reivindicatoria puede extinguirse por la mera inacción del titular del dominio (art. 1.963), aunque no se den los requisitos necesarios para proteger a un poseedor, aunque, en rigor, no haya usucapión. Pensemos que desde la pérdida de la posesión por el propietario han transcurrido los treinta años necesarios para que se extinga la acción reivindicatoria, pero que durante ese tiempo se han sucedido varias posesiones, sin nexo causal alguno entre sí, de tal manera que el poseedor actual, por sí solo, no ha usucapido. Nos hallaríamos entonces frente a esta extraña hipótesis. Como no ha usucapido no es un propietario, sino un simple poseedor. Como la acción reivindicatoria del dominus ha prescrito, esta prescripción tiene que determinar, por lo menos, una situación de irreivindicabilidad. Pero una posesión irreivindicable es, en realidad, un derecho de dominio.

Llegamos con ello a un dilema, cuya solución sólo puede encontrarse haciendo indisolubles e inseparables la prescripción adquisitiva y la extintiva. Esta es además la solución consagrada por la historia, donde la "exceptio triginta annorum", que aplicada al dominio no era más que una prescripción extintiva de la reivindicación, es lo que fue convertido en la "extraordinaria usucapio" por los intérpretes. En rigor, los términos habría que invertirlos: hay una prescripción normal de la acción reivindicatoria, la de treinta años, y otra más corta, privilegiada, en favor de los adquirentes de buena fe.

El problema de las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva presenta un *cáriz muy* semejante en el terreno de los derechos reales *in re aliena*. La adquisición por usucapión de un derecho real *in re aliena* entraña, necesariamente, una pérdida de las facultades que el dueño de la cosa tiene para defender la libertad del fundo. Si a este conjunto de facultades de defensa de la libertad del fundo nosotros lo llamamos, en un sentido muy amplio, "acción negatoria", tendremos que convenir en que la usucapión del derecho real coincide siempre con la extinción de la acción negatoria. Una prescripción adquisitiva —la usucapión del derecho real— coincide con una prescripción extintiva —la de la acción negatoria—.

El problema puede, todavía, ser contemplado desde un ángulo diferente. Si el titular de un derecho real pierde como consecuencia de la prescripción extintiva las acciones dirigidas a hacer valer este derecho real (v. gr.: la acción confesoria, la acción hipotecaria, etc.) ésto significa que el dueño de la cosa puede en cambio hacer valer la libertad del fundo. La prescripción extintiva de la acción confesoria coincide de esta manera con la "usucapio libertatis".

En materia de dominio y de derechos reales usucapión y prescripción son siempre dos vertientes o dos perspectivas del mismo fenómeno jurídico, tan indisolublemente unidas que no pueden, en rigor, separarse nunca.

Todo ello vuelve a demostrar algo que con anterioridad había quedado ya apuntado: que el efecto adquisitivo y el efecto extintivo no

pertenecen a la sustancia de la prescripción, que, en síntesis, se reduce a la facultad de repeler la pretensión tardíamente formulada. El ejercicio de esta facultad determina la inadmisibilidad de aquella pretensión, pero, por sí mismo, nada más. La inadmisibilidad de la pretensión prescrita puede ir unida a una virtual pérdida del derecho amparado por dicha pretensión o a una reducción de dicho derecho. Si el acreedor deja de reclamar los intereses o algunas de las prestaciones que periódicamente se le deben, ésto no significa que deje de ser acreedor. Si el propietario no se opone de ejercicio del *ius in re aliena*, esto puede significar que quedará privado de la acción negatoria, pero no de su entero derecho de dominio.

De la misma manera el llamado efecto adquisitivo de la usucapición no es más que un reflejo indirecto de la inadmisibilidad de la pretensión del "*vetus dominus*". La posesión del usucapiente se torna irrevindicable y se convierte en dominio. Pero no puede decirse que la usucapición haya sido el acto de adquisición. El usucapiente adquirió la cosa con el acto o con el negocio que le permitió comenzar a poseer. El paso del tiempo produce, en la realidad, una conversión de la posesión en dominio o, si se quiere, una consolidación de la situación jurídica del adquirente.

Todo ello parece conducir, como digo, a la idea de que la prescripción está presidida por una "*ratio*" común: que una pretensión tardía es inadmisibile; que el sujeto pasivo posee una facultad para repelerla y enervarla; que debe ser desestimada.

Por lo demás, las diferencias institucionales entre usucapición y prescripción en sentido estricto, que existen efectivamente, obedecen a la diversidad del supuesto de hecho en que el fenómeno incide y a la diversidad de la estructura de la situación jurídica existente entre los interesados.

Los derechos de crédito presuponen una relación jurídica, la relación obligatoria, entre el favorecido y el perjudicado por la prescripción. El acreedor, a quien la prescripción afecta, y el deudor, que se beneficia con ella, se encuentran ligados por una previa relación jurídica, que condiciona en cierta manera el recíproco ejercicio de derechos y el recíproco cumplimiento de obligaciones.

En el dominio y en los derechos reales esta previa relación jurídica entre el beneficiado y el perjudicado con la prescripción no existe. La situación jurídica de ambos respecto de la cosa tiene un origen y una procedencia distinta. El usucapiente deriva su adquisición de un acto o negocio en el cual el dominus no ha sido por hipótesis parte. Si el traspaso posesorio se hubiera fundado en un negocio de ambos, pero ineficaz para transmitir la propiedad, la relación jurídica así formada no se regiría hoy por las reglas de la usucapición, sino por las reglas que gobiernan la prescripción extintiva o la caducidad de las acciones demandadas de esa relación o de ese negocio.

Esto explica fundamentalmente que en el primer caso lo que se protege es la razonable confianza del sujeto pasivo de la relación en que

el derecho, cuya existencia conoce siempre o debe conocer, no será ya ejercitado, con toda la secuela de abandono de pruebas y de medios de defensa, que esta confianza lleva consigo, de tal manera que todo el centro de gravedad se coloca en la conducta omisiva del acreedor o del titular del derecho. En la usucapión, en cambio, el usucapiente favorecido no conoce o, al menos, no tiene por qué conocer el derecho de su adversario. Antes bien, en la usucapión ordinaria el usucapiente vive precisamente con la convicción de que él es el verdadero titular y que no hay otro derecho que el suyo. El centro de gravedad de la institución no se coloca tanto en la conducta omisiva del titular del derecho como en la continuada posesión del usucapiente; lo que se protege no es tanto la confianza en el futuro inejercicio de un derecho conocido, como la seguridad del tráfico jurídico: que la persona no se vea de repente sometida a pretensiones inesperadas de terceros; que la publicidad que otorga una continuada posesión pueda ser considerada por todos como dominio (67). Dicho con otras palabras: la usucapión es un caso particular de aplicación de la prescripción y consiste en ser un medio de protección del titular aparente en general y en particular de los adquirentes "a non domino". Empleo aquí la idea de la adquisición a non domino en un sentido muy amplio, englobando no sólo las que estrictamente con este nombre conoce la doctrina —negocios traslativos celebrados con un falso dueño—, sino también las adquisiciones originarias irregulares (ocupación de res non derelicta, hurto, apropiación, etcétera). La usucapión es sólo un medio de protección del adquirente frente al "vetus dominus", por que el poseedor está ya protegido frente a los terceros por los interdictos y frente a su causante o transmisor por las excepciones derivadas del negocio entre ellos celebrado.

5

Situada ya la prescripción dentro de la rúbrica del ejercicio tardío de los derechos y facultades es necesario establecer la diferencia específica que la separa de las demás formas que este ejercicio tardío puede revestir y, en particular, de la caducidad. La prescripción y la caducidad presentan una extraordinaria similitud hasta el punto de que durante mucho tiempo han permanecido confundidas y aún hoy no puede decirse que la distinción sea clara. Nuestro Código Civil no ha regulado de una manera unitaria más que una figura: la prescripción extintiva. La expresión "caducidad" es empleada por el Código sólo ocasionalmente y sin un significado técnico preciso (p. ej.: caducidad de una concesión de aguas, art. 411, de un testamento, arts. 719 y 730, de un legado, art. 871).

(67) Como ha puesto de manifiesto NAENDRUP, en el lugar cit., la usucapión es un efecto de la apariencia jurídica (es un "Rechtsscheinwirkung"): la conversión de la apariencia en realidad, lo que explica que la usucapión juegue su papel no sólo como medio de defensa, sino también como título de legitimación.

En la doctrina se conoce con el nombre técnico de caducidad (*Berfristung*) un determinado modo de extinguirse las facultades jurídicas, por su falta de ejercicio durante un lapso de tiempo determinado, al cual no son aplicables algunas de las reglas sobre prescripción, singularmente porque la caducidad no es susceptible de interrupción y puede ser acogida de oficio.

Existen determinados derechos y determinadas facultades, que, por su naturaleza, pueden ser indefinidos, de tal manera que aunque la falta de ejercicio pueda provocar su extinción, nada impide, ni nada se opone a que su duración se prolongue sin limitación. Un derecho de crédito prescribe con el transcurso de quince años, pero nada impide que la voluntad del acreedor o la del deudor, mediante sucesivos requerimientos o reconocimientos mantenga indefinidamente vivo el derecho y lo prolongue sin límite alguno.

Hay, en cambio, otros derechos y otras facultades que necesitan un ejercicio pronto o perentorio, dentro del plazo marcado, de tal manera que pasado el plazo el derecho o la acción se han extinguido (*tempore finiuntur*). Son aquellas facultades de cuyo ejercicio depende la modificación o la configuración de una situación jurídica, es decir, lo que los alemanes han llamado "*Gestaltungsrechte*". Pendiente el ejercicio, la situación jurídica a la que afecta se encuentra, por decirlo así, en una fase provisional o transitoria, que exige un rápido tránsito a la situación definitiva, por lo que no cabe, en ningún caso, prolongar la vida del derecho. Si el acreedor afirma su derecho, la prescripción queda interrumpida y el derecho de crédito se prolonga, pero por mucho que una persona afirme la acción de nulidad de que dispone o el derecho de retracto que posee no por esto la acción ni el derecho se prolongan.

La razón de esta diversidad estriba en la diferente estructura de la facultad caducable frente a la facultad prescriptible. Caducan las facultades de modificación jurídica, es decir, lo que los procesalistas llaman acciones constitutivas. Prescriben las facultades dirigidas a obtener de otro una acción o una omisión, es decir, lo que un procesalista llamaría una acción de condena.

La diversidad se explica también desde el punto de vista del interés jurídicamente protegido. En la prescripción se protege, sobre todo —lo he dicho ya—, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas, de las cuales se ha perdido la memoria, porque el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercitados. En la caducidad se protege el interés general en una pronta certidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.

Las dos formas más notables del ejercicio tardío de un derecho serían, de esta manera, el ejercicio extemporáneo (caducidad) y el ejercicio intempestivo (prescripción).

V

Con todo ello la prescripción queda, a mi juicio, perfectamente deslindada dentro del sistema:

a) Desde el punto de vista estructural la prescripción es un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo tiene que ser ejercitado dentro de un período de tiempo razonable, porque es antisocial y contrario al fin o función para que ha sido concedido el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

b) Desde el punto de vista funcional es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo. La idea de que la prescripción constituye una facultad del sujeto pasivo me parece importante en cuanto que permite construir en nuestro Derecho una figura de gran transcendencia que ha elaborado la técnica alemana, como es el abuso de la prescripción. Es inadmisibles oponer la prescripción cuando el que la invoca, según el sentido objetivo de su conducta y de acuerdo con la buena fe, ha suscitado en su adversario la confianza de que la prescripción no sería invocada, de tal manera que precisamente con fundamento en esta confianza ha dejado transcurrir los plazos sin ejercitar la acción o sin realizar cualquier otro acto de interrupción. No es menester para que exista abuso que la conducta haya sido dolosamente dirigida a provocar la inactividad del titular y con ello la prescripción de su derecho. Basta que haya sido objetivamente idónea para producir de buena fe esta confianza.