

La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Conflicto entre la ineficacia del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión.*—II. *Sistema de la prescripción de la acción de nulidad.*: 1. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho francés. 2. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho francés. 3. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho belga. 4. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho belga.—III. *Sistema de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad*: 5. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en Derecho italiano. 6. La usucapión y la acción de nulidad en Derecho italiano. 7. La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad en Derecho italiano. 8. Código civil portugués de 1867: perpetuidad de la acción de nulidad. 9. Código civil portugués de 1966; perpetuidad de la nulidad.—IV. *Derecho español*: 10. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad. 11. La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad. 12. La usucapión y la acción de nulidad. 13. La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad.—V. *Observaciones críticas*: 14. Argumentos en favor de la imprescriptibilidad. 15. Compatibilidad entre la perpetuidad de la acción de nulidad y los efectos de la prescripción de las acciones de repetición y de la usucapión extraordinaria.

I. CONFLICTO ENTRE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO Y LOS EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y DE LA USUCAPIÓN

Dentro de la amplia temática de la ineficacia del negocio jurídico y acotando su campo a la categoría de la nulidad y anulabilidad, cabe plantear el tema de la aplicación al negocio jurídico nulo o anulable de los efectos tanto de la usucapión como de la prescripción extintiva.

En relación con la prescripción extintiva el problema se plantea de modo insoslayable desde el momento en que la prescripción extintiva propende a abarcar toda clase de derechos y acciones, por lo que en principio también la acción encaminada a declarar la nulidad o anulabilidad del negocio debiera de prescribir dentro del plazo que legalmente

le fuese aplicable. Pero si bien respecto a la anulabilidad no surge problema alguno, encaminada como está a proteger un interés privado que puede ser suficientemente protegido mediante la posibilidad de ejercitar la acción de anulación durante un tiempo determinado, en cambio respecto a la nulidad, que ampara un interés público y general, puede estimarse contradictorio el que el negocio que es nulo por contrariar normas de interés público, pueda llegar a consolidarse de hecho a través de la institución de la prescripción, si se admite que la acción para constatar la nulidad del negocio queda sometida a la regla general de la prescripción de todos los derechos y acciones.

Así visto el problema, parecen oponerse la ineficacia insanable y absoluta del negocio nulo como contrario a normas imperativas y de orden público con la institución de la prescripción extintiva. El fundamento de la nulidad absoluta reposa como acabamos de indicar en la sanción de los actos contrarios a la ley como modo de mantener el imperio de ésta cuando la autonomía privada no respete los límites impuestos por la ley, la moral o el orden público (art. 1.255 del Código civil).

Pero también paradójicamente, la prescripción extintiva trata, en interés general, de mantener la estabilidad de las relaciones sociales que están en la base de las relaciones jurídicas, extinguiendo todos los derechos que no hayan sido ejercitados adecuadamente dentro de los plazos temporales que la ley estima suficientes según los casos. Por excepción, tradicionalmente, las acciones divisorias (art. 1.965 del Código civil) y algunas más que la doctrina y jurisprudencia destacan, son imprescriptibles.

Entre ambos principios de interés general, la sanción del negocio contrario a la ley imperativa y la prescripción de los derechos, hay que situar el tema que examinamos para decidir en favor de la aplicación de uno de los dos. Como veremos en el curso de nuestra exposición mientras unos sistemas jurídicos mantienen la tesis de la prescripción, o sea el predominio de la institución de la prescripción extintiva sobre el principio de la sanción del acto contrario a la ley, otros sistemas se inclinan por la opuesta solución de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, lo que equivale a inclinarse en favor del principio de lógica jurídica, *quod nullum est, nullum producit effectum*, quedando postergado el principio de la prescripción que trata de asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Sin embargo frente a este planteamiento liminar y en exceso simplificador, hay que hacer notar desde ahora que otras cuestiones vienen a entrecruzarse y hacer más compleja la solución práctica a que se llegue, como veremos en el curso de este trabajo.

También el instituto de la usucapación plantea de forma similar un conflicto de aplicación en torno a la nulidad del negocio jurídico contrario a la ley, ya que dicha ineficacia parece exigir que no pueda crearse a su amparo ninguna clase de efectos positivos y mucho menos enervadores de derechos ajenos. No obstante, la usucapación, en

su misión paralela a la de la prescripción extintiva, de estabilizar las relaciones jurídicas, propende a consolidar las situaciones de hecho que dentro de cierto ámbito se realicen aun cuando vayan a afectar a cosas o derechos que hayan constituido el objeto de negocios jurídicos nulos. Igual que en el caso de la prescripción extintiva, habremos de elegir aquí entre la preferencia del principio de ineficacia del negocio jurídico que mantiene la sanción del acto contrario a la ley, o la norma que protege la seguridad jurídica basada en la posesión de cosas y derechos con los requisitos determinados por la ley.

El equilibrio en la aplicación de estos diversos principios requiere especial tacto por parte del legislador y cuando no exista expresa solución normativa, la interpretación por vía jurisprudencial o doctrinal, habrá de tener el mismo tacto para conseguir soluciones de derecho positivo que dentro de la Ley tengan en cuenta tanto la seguridad jurídica como la función social del Derecho tan acusada en nuestra época.

II. SISTEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

1. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho francés.

La doctrina discute si será aplicable la regla general según la cual "todas las acciones tanto reales como personales, prescriben por el plazo de 30 años" (art. 2.262), ya que el Código no resuelve expresamente nada sobre la nulidad absoluta.

En la jurisprudencia a pesar de algunas vacilaciones, parece predominar la opinión favorable a la prescripción (1), y también parece predominar en la doctrina, alegándose en su favor que el fundamento de la prescripción general de 30 años es también válido para la acción de nulidad absoluta, a saber, incitar a todos los que sean titulares de derechos, a ejercitarlos sin esperar indefinidamente (2), o bien que debe aplicarse la prescripción a todas las nulidades pues su fundamento consiste en que el tiempo, en interés de la paz social, cubra las situaciones irregulares, así como evitar las dificultades de prueba de los hechos muy antiguos (3).

La objeción contra la prescriptibilidad consiste en que el acto falto de un elemento esencial, no puede vivificarse por el transcurso del tiempo. Para algunos la objeción se salvaría admitiendo la noción de la inexistencia, ya que mientras para la nulidad absoluta operaría la prescripción en cambio para la inexistencia, ni el tiempo le permitiría

(1) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, París, 1961, núm. 158 y nota 2.

(2) MAZEAUD, *Leçons*, I, núm. 354, pág. 380, 4.ª ed., Juglart. París, 1967.

(3) ESMEIN, en *Planiol y Ripert*, VI, núm. 310, pág. 393, 2.ª ed.; MARTY y RAYNAUD, II-1.º, núm. 205.

adquirir consistencia, ni tampoco sería necesaria su anulación judicial (4).

Aunque en la doctrina y jurisprudencia francesa parece predominar en la actualidad la tesis de la prescripción de la acción de nulidad absoluta, conviene examinar más detenidamente el estado de la cuestión y las opiniones divergentes.

En primer lugar partiendo de la concepción de la inexistencia de los negocios jurídicos como categoría distinta de la nulidad absoluta, se ha propugnado la inaplicación de la prescripción (art. 2.262) a los actos inexistentes. La posibilidad de prevalerse del acto inexistente, por el transcurso de los treinta años de prescripción, se rechaza por la consideración de que lo inexistente no puede devenir eficaz por el transcurso del tiempo por largo que sea (5).

Sin embargo, dentro de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción que tiende a constatar la inexistencia del acto, se establece la distinción entre dicha acción imprescriptible y las acciones personales que tienden a eliminar las consecuencias de la ejecución del acto jurídicamente inexistente, las cuales sí se extinguirán por la prescripción treintenar; el acto sigue siendo inexistente, pero las acciones de restitución o repetición se extinguen por la prescripción (6).

También para los que admiten la distinción entre la inexistencia y la nulidad absoluta, se ha mantenido por algunos la tesis de la imprescriptibilidad de la acción que tiende a constatar dicha nulidad. Se alega que, no obstante, el sentido aparentemente absoluto del artículo 2.262, "la ley rechaza permanentemente y por sí misma, el acto que prohíbe; lo reduce a un puro hecho que no puede ser confirmado ni autorizado y que no produce ningún derecho", por lo que la nulidad puede siempre ser invocada (7). Pero aquí también se advierte, por los que siguen la tesis de la imprescriptibilidad, que la cuestión es más bien teórica, pues si bien a los treinta años la nulidad no habrá prescrito, las acciones de restitución o repetición se habrán extinguido por dicha prescripción. El acto no se habrá convalidado pero su ejecución será mantenida de hecho (8).

Frente a la tesis de la imprescriptibilidad la doctrina actual se inclina abiertamente hacia la sumisión de la acción de nulidad absoluta a la regla de Derecho común que representa la prescripción treintenar.

Como hemos visto se alega como fundamento de la prescripción de la acción de nulidad que en este caso como en todos los que actúa

(4) MARTY y RAYNAUD, II-1.º, núm. 205, pág. 186.

(5) AUBRY y RAU, 5.ª ed., I, pág. 180; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Traité*, XXV, *De la prescription*, 3.ª ed., París, 1905, núm. 589, pág. 437.

(6) BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Traité*, XXV, núm. 589.

(7) DUNOD, citado por BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, loc. cit., afirma que la imprescriptibilidad era la opinión más común en el antiguo Derecho.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, siguen también dicha tesis, como en el caso de la inexistencia.

la prescripción es necesario poner de acuerdo el derecho con un estado de hecho que se ha prolongado largo tiempo (9); que la aplicación de la regla de la prescripción, en este supuesto como en todos, se justifica por razón de incitar a todo titular de un derecho a ejercitarlo sin esperar indefinidamente (10); que debe de aplicarse la prescripción a todas las nulidades, pues su fundamento consiste en que el tiempo, en interés de la paz social, cubra las situaciones irregulares, así como el evitar las dificultades de prueba de los hechos muy antiguos (11).

Aún dentro de esta general aceptación de la prescriptibilidad de la nulidad absoluta (12), se atenúa esta doctrina en los autores que aceptan la categoría de la inexistencia, pensando que sería la clave de la cuestión. Frente a la objeción fundamental contra la prescriptibilidad de que el transcurso del tiempo no puede vivificar un acto al que le falta un elemento esencial o está prohibido por la ley, en la inexistencia ni el tiempo vivificaría el acto, ni sería preciso ejercitar la acción de nulidad; la nulidad se produciría de pleno derecho y siempre sería posible hacer constar, si fuera preciso, que jamás existió el acto (13). La inexistencia, se afirma, actuaría de límite a la tesis de la prescriptibilidad treintenaria: "hay casos en que la irregularidad es tan grave que no se concibe que pueda ser cubierta, incluso por la prescripción treintenaria" (14).

La jurisprudencia aplica desde antiguo la regla de la prescripción treintenaria a la acción de nulidad, y continúa manteniendo la misma posición (15).

2. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho francés.

Cuestión distinta es la prescriptibilidad de la excepción de nulidad, respecto a la cual una regla tradicional proclama su perpetuidad: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (16). La jurisprudencia no sólo aplica esta regla a la nulidad relativa respecto a la prescripción decenal establecida para la misma (art. 1.304),

(9) MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1.º, núm. 205, pág. 186, París, 1962.

(10) MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, I, 1.º, núm. 354, pág. 380, 4.º ed. por Juglart, París, 1967.

(11) ESMEIN, en *Planiol y Ripert, Traité pratique de Droit civil*, VI, núm. 310, pág. 393, 2.ª ed.

(12) ESMEIN, MARTY Y RAYNAUD, MAZEAUD, loc. cit. notas anteriores; WEIL, *Droit civil*, I, núm. 393, París, 1968; CARBONNIER, *Droit civil*, II, 2.ª, núm. 131, pág. 433, París, 1957.

(13) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 205.

(14) WEIL, *Droit civil*, I, núm. 394.

(15) S. 5 mayo 1879; sobre la reciente Sentencia del Tribunal de casación de 16 noviembre 1932: nota de ESMEIN, D. H., 1933, 4; H. MAZEAUD, *Nouveau guide des exercices pratiques*, 1er. anné, exer. núm. 6.

(16) DESSAUX, L'article 1304 du Code civil et le principe de la perpétuité de l'exception (tesis, París, 1937). Antes: Giscard, *Etude sur l'origine de la maxime quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (tesis, París, 1888).

sino con alcance más general también a las nulidades absolutas, excluyéndola solamente en relación con los plazos de caducidad (17).

La regla no puede tener hoy el mismo fundamento que en Roma, ligado a una determinada estructura procesal, pero se ponen de relieve diversas razones como fundamento para su aplicación actual. Como argumento de interpretación literal, se advierte que los preceptos legales sobre prescripción hablan de las acciones solamente; como fundamento intrínseco se destaca su función de freno a los efectos de la prescripción de la acción ya que el deudor que no ejercita la acción de nulidad, dejándola prescribir, quizá por ignorancia, se vería desarmado contra la ulterior demanda del acreedor, al cual a pesar de la prescripción de la acción podrá oponer la perpetuidad de la excepción de nulidad; como justificación práctica se alega que evita al deudor ejercitar la acción de nulidad para verse preventivamente liberado de la reclamación del acreedor, ya que si éste reclama, después de prescrita la acción, cabe oponerle la excepción.

Como especial fundamento de la perpetuidad de la excepción en relación con la nulidad absoluta, se alega que para las nulidades de orden público rehusar la excepción sería permitir el concurso de la justicia para realizar el acto que se estima peligroso para el bien común (18).

Pero la alegación de la excepción de nulidad, exige cierta situación del que pretende ampararse en la nulidad del negocio en relación con la ejecución del mismo. La doctrina francesa, basándose en decisiones jurisprudenciales estima que no puede alegar la excepción después de la prescripción de la acción, la parte que ejecutó el contrato. Sólo corresponde la excepción a quien no habiendo ejecutado el contrato se ve demandado por una acción de reclamación de cumplimiento (19).

La exigencia de no haber ejecutado por su parte el contrato para poder ampararse en la excepción de nulidad de dicho contrato, hay que ponerla en relación con la conducta de las partes puesto que sería contradictorio que en un contrato, la misma parte que lo ejecutó pueda luego pretender la anulación alegando la nulidad por vía de excepción. Ejecución y nulidad se excluyen. La ejecución es una conducta frente al contrato que impide posteriormente, otra conducta contradictoria. Sería aplicable a esta contradicción la regla "*venire contra factum*".

(17) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 209.

(18) ESMEIN, VI, núm. 310.

(19) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 209.

3. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho belga.

En la doctrina belga se rechaza la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad con los mismos argumentos que en la doctrina francesa, estimando que la regla de la prescripción treintenual es absolutamente general, comprendiendo tanto las acciones reales como las personales. El fundamento de la aplicación de la prescripción se basa por tanto en varios argumentos:

1.º Argumento literal ya que el art. 2.262 se refiere a “todas las acciones tanto reales como personales”, sin excluir la acción de nulidad absoluta.

2.º Argumento derivado del fundamento de la prescripción, ya que se trata de buscar la estabilidad de las relaciones, sin que exista razón para excluir de ese fundamento la acción de nulidad absoluta.

3.º Argumento derivado del efecto de la prescriptibilidad, ya que ésta no viene a reconocer la existencia legal del acto prohibido por la ley, sino que se limita a impedir el ejercicio de las acciones que tienden a hacer pronunciar la nulidad (20).

En cuanto al apoyo que la tesis de la imprescriptibilidad encuentre en la categoría de la “inexistencia” del negocio jurídico, como quiera que esta categoría es tan controvertida se comprende fácilmente que los que se pronuncian de modo más categórico por la prescriptibilidad de la nulidad, niegan la inexistencia, considerándola como “noción falsa” (21).

4. La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad en Derecho belga.

La doctrina belga se plantea la cuestión de si existe en el Derecho actual razón para admitir la antigua regla romana “*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*” ya que en Derecho romano la acción de nulidad sólo se admitía si el acto viciado había sido ya ejecutado mientras que si no lo había sido, la protección de la víctima se realiza por la excepción, la cual duraba tanto como la acción nacida del contrato, a la cual se oponía. La diferencia con el Derecho actual consistía en que si no se había ejecutado el contrato

(20) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2.ª ed., II, núm. 783, Bruxelles, 1948. El último argumento se apoya en la Sentencia del Tribunal de casación francés de 5 de mayo de 1879: “la disposición del art. 2.262 es general y se aplica particularmente al caso en que se trate de nulidad radical y de orden público; la prescripción así establecida no tiene por efecto el dar a la convención prohibida una existencia legal, pero destruye todas las acciones que tienden a hacer pronunciar la anulación”.

(21) DE PAGE, II, núm. 783: “la théorie de l’imprescriptibilité, soutenue par certains, se base sur la notion fautive des actes *inexistentes*. D’ailleurs, les auteurs qui la soutiennent reconnaissent aux-mêmes que cette imprescriptibilité est théorique, car les actions en restitutions et en répétition, suite de l’assimilation, sont en tout cas atteintes par la prescription trentenaire”.

la iniciativa de la nulidad no le pertenecía; pero en el Derecho belga la acción de nulidad corresponde a la víctima desde que se celebra el contrato sin distinguir si ha sido ejecutado o no, por lo que cabe pensar si subsistirá la regla romana o más bien debe considerarse derogada por faltarle la razón de ser (22).

En contra de la aplicación de la regla romana se alega además de la diferente estructura de las acciones, ya expuesta, que es contradictorio hacer revivir, bajo forma de excepción, un derecho que la ley ha extinguido definitivamente bajo forma de acción (23).

Sin embargo, en la doctrina prevalece la opinión favorable a la aplicación de la máxima "*quae temporalia...*" puesto que el Código habla de la prescripción de la acción, pero no de la excepción. También la jurisprudencia mantiene la misma posición (24).

Frente a la argumentación contraria a la aplicación de la máxima romana, la doctrina dominante y la jurisprudencia, piensan, en efecto, que debe de recibir aplicación por "imperiosas consideraciones de utilidad práctica". Si una parte, de mala fe, deja pasar el tiempo de prescripción de la acción de nulidad antes de exigir la ejecución de un acto viciado de nulidad, la otra parte que sufrió el vicio (que incluso podía ignorar la existencia del acto, como el menor) se encontraría en la situación de no poder pedir la nulidad por haber prescrito la acción y tener que ejecutar el acto. Para evitar esta situación injusta se piensa que la excepción de nulidad deberá durar, por lo menos, tanto como la acción de ejecución del contrato.

A la vista de estas consideraciones se estima que la regla de la perpetuidad de la excepción de nulidad, si bien no expresada en los textos del Código napoleónico, no se opone tampoco a los mismos, sirviendo de regla complementaria, supletiva y basada en la equidad (25).

De estos caracteres (regla supletiva, regla de equidad) se derivarían según la doctrina, las siguientes consecuencias que tratan de evitar que la regla romana sea aplicada de un modo general o muy absoluto:

1.^a La aplicación de la máxima no tiene lugar más que si el contrato no ha sido ejecutado. Ejecutado el contrato antes de la prescripción de la acción de nulidad y no intentada ésta, se presume la confirmación tácita. Si, por el contrario, la ejecución se ha instado después de la prescripción de la acción, el que sufre los efectos de la nulidad, tendría todavía como arma defensiva la excepción anulatoria.

2.^a La anterior consideración afecta tan sólo a la anulabilidad, que se rige por un plazo de prescripción más breve que el de la

(22) DE PAGE, II, núm. 784.

(23) LAURENT, XIX, núm. 57 a 60, quien añade: no basta "de citer quelques mots latins pour que tout soit dit" (núm. 59).

(24) DE PAGE, II, núm. 784.

(25) DE PAGE, II, núm. 784.

treintenaria, pues si se trata de nulidad absoluta que se rige por la de treinta años (art. 2.262), la acción de ejecución del contrato (que debería ser diferida para que pueda alegarse la excepción) habrá prescrito por virtud de este precepto resultando inútil acudir para la defensa del demandado a la nulidad del contrato, por vía de excepción, cuando la acción de ejecución ha prescrito por sí misma.

De esta última consecuencia se deduce que no cabe tomar a la letra el carácter de perpetuidad de la regla romana (26).

III. SISTEMA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD

5. *La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en Derecho italiano.*

El nuevo Código civil dispone que “la acción para declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición” (art. 1.422).

La norma del art. 1.422 aparece como novedad en el Código de 1942, aunque en diversa medida respecto a sus varios elementos. La primera parte se limita a declarar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de conformidad con el título que acompaña al precepto. Resulta desde luego novedad la proclamación de esa imprescriptibilidad que no se contenía en el Código anterior, que omitía incluso la referencia al tema (27), aunque la doctrina llegaba a la misma conclusión, basándose en el principio romano “*quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*” (D. 50,17, 29), por lo que la norma aún dentro de su novedad, implica más bien recepción legislativa de un principio jurídico ya consagrado de modo indiscutido (28).

La tesis de la imprescriptibilidad, consagrada ahora legislativamente, se basa en la vieja consideración de la imposibilidad de sanar lo que nace muerto, por lo que igual que no es posible la convalidación, efecto al que más directamente se refiere la regla romana citada, tampoco puede modificarse la situación jurídica creada por el contrato nulo por más tiempo que transcurra. En este sentido se observa que es indiferente que transcurra cierto tiempo, aun prolongado, y que

(26) DE PAGE, II, núm. 784, si bien observa que esta limitación del carácter perpetuo en materia contractual, no rige fuera de la misma.

(27) Aunque bajo el nombre de nulidad, el art. 1.300 del Código derogado (equivalente a nuestro art. 1.301), se refería realmente a la anulabilidad, como reconocía la doctrina.

(28) Ad ex. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*. Milano, 1924, pág. 335. La génesis del vigente art. 1.422 no aparece clara; en el proyecto preliminar del libro de las obligaciones no se contiene norma semejante, sólo la imposibilidad de convalidar el contrato nulo (art. 302, equivalente al actual art. 1.423).

al transcurso del tiempo se añada la inercia del legitimado a ejercitar la nulidad, por lo que se habla de la perpetuidad de la nulidad (29).

6. *La usucapión y la acción de nulidad en Derecho italiano*

La segunda parte del art. 1.422, es novedad legislativa, en un sentido más amplio que la primera y parece fue incorporada en el último momento, sin precedentes claros en la elaboración del Código (30).

El Derecho italiano distingue así entre la acción de nulidad, respecto a la cual declara la imprescriptibilidad y los efectos que puedan derivarse de dicha nulidad. En cuanto a la acción imprescriptible de nulidad, se trata de una acción meramente declarativa (no constitutiva) y con efecto retroactivo (31). Pero esta declaración de nulidad posible en todo momento no quiere decir que siempre se puedan alcanzar los efectos prácticos que normalmente derivarían de dicha nulidad.

La ley deja a salvo la posibilidad de la usucapión y de la prescripción de acciones de repetición.

Respecto a la primera, si ha sido objeto de contrato nulo un derecho real y la parte frente a la cual se alega la nulidad tuvo la posesión con los requisitos correspondientes a la usucapión extraordinaria o sin título (art. 1.158), dicha usucapión impedirá la reclamación subsiguiente a la nulidad sobre la restitución de la cosa (32).

Por tanto en los negocios traslativos o constitutivos de derechos reales, susceptibles de posesión, puede ser necesario o útil invocar la nulidad del negocio, pues, como dice Cariota Ferrara, no obstante la imprescriptibilidad de la acción de nulidad del negocio, esto no excluye o elimina la adquisición originaria del derecho por la usucapión. "El enajenante, por consiguiente, si el adquirente a base del negocio nulo se halla en posesión, debe, dentro del término útil de usucapión, reivindicar la cosa exigiendo la declaración de nulidad del negocio traslativo o constitutivo" (33).

Si no se ejercita a tiempo la acción reivindicatoria basada en la nulidad del negocio traslativo, la ulterior acción de nulidad de éste, resultaría inútil prácticamente.

(29) Entre otros, MESSINEO, *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa* (RTDP, XX, 1966, 3).

(30) En este sentido MESSINEO, loc. cit. nota anterior, pág. 2; se encuentra ya una referencia en la relación al texto definitivo del Código civil (n. 650).

(31) BARBERO, *Sistema*, 6.º, I, núm. 295, pág. 494.

(32) MESSINEO, *Doctrina general*, trad. esp. II, 271. La usucapión abreviada sería imposible por ser incompatible con la nulidad del título (arts. 1.159 y 1.162); por tanto el propietario del bien, aún no habiendo sido parte en el contrato, podría hacer valer la nulidad.

(33) CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, núm. 84, trad. esp., pág. 282. Igual, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile*, Torino, 1961, art. 1.422, pág. 391.

7. *La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad en Derecho italiano.*

Igual ocurre con las acciones de repetición respecto al negocio obligatorio. Si éste ha tenido cumplimiento, hay que ejercitar a tiempo las acciones de repetición, no obstante la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, ya que aquéllas están sujetas a prescripción (34).

La imprescriptibilidad de la acción de nulidad permitiría declarar la nulidad del negocio obligatorio, pero esta declaración carecería de trascendencia práctica, ya que las acciones de repetición que serían la consecuencia normal de la nulidad, se verían paralizadas por la excepción de prescripción, si había transcurrido el plazo fijado para su ejercicio (35).

8. *Código civil portugués de 1867: perpetuidad de la acción de nulidad*

El derogado Código de 1.º de julio de 1867, disponía con carácter general que “los actos realizados contra la disposición de la ley, bien sea ésta prohibitiva, bien preceptiva implican la nulidad, salvo los casos en que la misma ley ordenase lo contrario. Esta nulidad puede, sin embargo, sanarse por el consentimiento de los interesados, si la ley infringida no fuese de orden público” (art. 10).

La doctrina distinguía, en base a este tan genérico precepto, los diversos grados de nulidad, bien en sentido tripartito si se admitía la inexistencia o bipartito si se rechazaba. En el conocido Tratado de Cunha Gonçalves siguiendo la tripartición se asigna a la inexistencia la plena carencia de efectos basada en el principio *quod nullum est, nullum producit effectum*; también para la nulidad absoluta y en base al mismo principio se estima que es insanable e imprescriptible y que si por disposición excepcional de la ley prescribiese la acción, siempre podría ser invocada la excepción de nulidad, como reconoce el art. 693, a que después aludiremos.

Sin embargo, el citado autor reconoce que de modo indirecto puede influir la prescripción en el negocio absolutamente nulo, a través de la prescripción extintiva de las acciones de restitución derivadas del contrato nulo o de los efectos derivados de la usucapión de los derechos adquiridos por el mismo negocio nulo (36).

En materia de contratos nuevamente encontramos disposiciones referentes a la nulidad de los negocios jurídicos, siendo de especial interés para este punto los siguientes preceptos.

(34) Como dice CARIOTA FERRARA, “en vano se haría declarar después de veinte años, la nulidad del negocio, ya que después no se podría repetir (por haber tenido lugar la prescripción de la acción de repetición de lo indebido) lo que se dio o de cualquier manera se prestó a base del negocio nulo, y por tanto no era debido” (arts. 2.033 y 2.946, C. c., loc. cit. nota anterior).

(35) MESSINEO, II, pág. 272, trad. esp.

(36) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, I, pág. 397, Coimbra, 1929.

“La acción de rescisión por nulidad procedente de encontrarse la cosa, que fuese objeto del contrato, fuera del comercio, es imprescriptible, salvo en los casos en que la ley dispusiere expresamente lo contrario” (art. 691).

“La nulidad del contrato puede ser opuesta, por vía de excepción, en cualquier tiempo en que el cumplimiento del contrato nulo fuese demandado” (art. 693).

Respecto al art. 691, comenta Cunha Gonçalves, que está mal emplazado en el capítulo dedicado a la rescisión de los contratos ya que se refiere a una nulidad absoluta, que se rige por la regla de la insanabilidad e imprescriptibilidad del art. 10. Dicha nulidad, siendo absoluta, siempre puede ser alegada por vía de acción o de excepción (37).

En cuanto al art. 693 el mismo tratadista estima que más que una especialidad del expresado capítulo, es un efecto general de la prescripción, que exige la perpetuidad de la excepción en razón a que la prescripción no puede extinguir más que los derechos y las acciones, pero no las excepciones puesto que en éstas no cabe la inacción; por el contrario la facultad de oponer la excepción no empieza más que cuando el adversario ejercita la acción. El legislador en el art. 693 consagra la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, principio que según Cunha Gonçalves debe ser interpretado en el doble sentido de que la excepción podrá ser alegada en todo momento en que se ejercite la acción contraria, pero que extinguida ésta, se extinguirá también la excepción (38).

Podría resumirse la interpretación doctrinal del Código derogado en el sentido de la perpetuidad de la acción de nulidad, frente a la temporalidad de la acción de anulabilidad, la cual por vía de excepción podía oponerse en cambio perpetuamente. Esta diferencia en cuanto a la anulabilidad por vía de acción o de excepción se explicaría partiendo de la ejecución o inejecución del contrato. Si el contrato se ejecuta se comprende que exista un plazo para su impugnación, ya que existe una legítima expectativa de la otra parte a su convalidación. Por el contrario la inejecución del contrato explica la falta de interés, por la parte que podría impugnarlo, en ejercitar la correspondiente acción, ya que se mantiene el *statu quo ante*; pero si se pretende ulteriormente la ejecución, bastará alegar la excepción para conseguir la anulación, cuya perpetuidad se justificaría por la falta de un interés contrario a la convalidación al no haber existido una situación de hecho que legitime una expectativa (39).

(37) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, núm. 553, pág. 475, Coimbra, 1931.

(38) CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, II, núm. 427, pág. 715.

(39) GALVAO TELLES, *Dos contratos en general*, 2.^a ed., Lisboa, 1962, páginas 332-333.

9. *Código civil portugués de 1966: perpetuidad de la acción de nulidad.*

El nuevo Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 consagra expresamente la tesis de la imprescriptibilidad disponiendo que “la nulidad es invocable en todo tiempo por cualquier interesado y puede ser declarada de oficio por el Tribunal” (art. 286).

Frente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, para la de anulabilidad se dispone que sólo puede alegarse “dentro del año subsiguiente a la cesación del vicio que le sirve de fundamento” (artículo 287, núm. 1).

Sin embargo, la anterior disposición sobre la anulabilidad presupone que el negocio jurídico haya tenido ejecución puesto que el mismo precepto añade para el caso contrario lo siguiente “en cuanto, sin embargo, el negocio no estuviese cumplido, puede ser aducida la anulabilidad sin dependencia de plazos, tanto por vía de acción como por vía de excepción” (art. 287, núm. 2).

Como se ve, la antigua doctrina romana que permitía aplicar indefinidamente la excepción según la conocida regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* cuando el contrato no había sido ejecutado, es conservada en el nuevo Código portugués, ampliando así la posibilidad defensiva del que se ve demandado tardíamente para ejecutar el negocio anulable que, por cualquier circunstancia, no había empezado a tener ejecución.

La indefinida alegación de la anulación por vía de excepción no está expresamente consagrada en materia de nulidad absoluta, si bien los términos amplios y absolutos del precepto, antes transcrito, permiten suponer que la invocación de la nulidad en todo tiempo y por cualquier interesado, podrá tener lugar tanto por vía de acción como por vía de excepción.

Previamente a estos dos preceptos reguladores de las normas sobre nulidad y anulabilidad expuestas, se contiene una disposición general según la cual “a falta de régimen especial, son aplicables a la nulidad y a la anulabilidad del negocio jurídico las disposiciones de los artículos siguientes” (art. 285). Queda así salvada la posibilidad de disposiciones especiales que dejarían sin aplicación la normativa general contenida en los arts. 286 y 287.

IV. DERECHO ESPAÑOL

10. *La imprescriptibilidad de la acción de nulidad.*

Nuestro Código civil no resuelve expresamente la cuestión, si bien en favor de la prescriptibilidad cabe alegar el precepto inicial del título dedicado a la prescripción, según el cual por la prescripción se extinguen, de la manera y con las condiciones establecidas por la ley,

“los derechos y las acciones de cualquier clase que sean” (art. 1.930, apartado 2).

Doctrina y jurisprudencia afirman, en cambio la imprescriptibilidad apoyándose en la regla romana (D. 50,17,29) y en la imposibilidad de confirmación de los contratos en que faltan los requisitos exigidos por el art. 1.261 (art. 1.300). Pero no faltan opiniones discrepantes, que niegan o ponen en duda la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

Así Borrel y Soler, a la vista del art. 1.959 que permite adquirir el dominio aunque fuere nulo o inexistente el título en que funde su derecho el prescribiente afirma que “en este caso, por consiguiente, el acto o contrato inexistente se exime de la imposibilidad de convalidarse por medio de la prescripción; toda vez que de él nacen consecuencias que no pueden destruirse, por haber creado a favor del causahabiente un derecho que la ley reconoce como válido”. Análogas consideraciones inspira al citado autor la posibilidad de usucapión de cosas muebles, especialmente cuando falta la buena fe y cuando se trata de cosas hurtadas o robadas (arts. 1.955 y 1.956).

Después del conflicto entre la acción de nulidad y la usucapión, examina Borrel y Soler el alcance de la prescripción extintiva: “Veamos ahora si las obligaciones derivadas de un contrato absolutamente nulo, de alguno de los llamados inexistentes, subsisten indefinidamente, sin que nunca puedan reclamarse por mucho tiempo que haya transcurrido desde la perfección del contrato.” Refiriéndose a diversos artículos del Título dedicado por el Código a la prescripción, observa que “de ellos parece deducirse que el mero transcurso del tiempo es suficiente para extinguir toda clase de acciones, sin distinción, y, por tanto, también las de nulidad contra la eficacia de los contratos nulos en cualquiera de sus grados o situaciones” (40).

A lo largo de estas consideraciones fluye un abierto escepticismo sobre la tesis de la imprescriptibilidad, aunque quizá la conclusión a que se llega adolece de falta de discriminación entre la acción de nulidad y otras acciones derivadas de la ejecución del contrato nulo.

Sin embargo, la opinión predominante afirma abiertamente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (41), apoyándose en la tradición romanista según el principio “*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*” (D. 50,17,29) y también en la imposibilidad de confirmación de los negocios nulos que se deriva de la aplicación exclusiva de la misma a los negocios simplemente

(40) BORREL Y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Barcelona, 1947, págs. 105-117, esp. 114-116. La rúbrica de esta materia es la siguiente: “Imprescriptibilidad (?) de las acciones contra los contratos absolutamente nulos” (p. 105). Ver también del mismo autor, *Derecho civil español*, I, 369-372, en que bajo el título “prescribe la acción de nulidad de los actos llamados inexistentes” insiste en las mismas ideas apoyándose en algunas sentencias del T. S.

(41) Refundiendo, en su caso, a estos efectos la acción de inexistencia y la de nulidad, cuando se admite la distinción.

anulables (art. 1.310), regla que guarda cierto paralelismo con la prescripción sanatoria (42).

También se alega en favor de la imprescriptibilidad el texto del artículo 1.301, que al señalar el momento en que empieza a correr el plazo de la prescripción de la acción de nulidad para cada caso de vicios del consentimiento o defecto de capacidad, demuestra que a ellos se concreta, o sea, a supuestos de anulabilidad (43). Pero de la inaplicación de este plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, a la nulidad, se ha deducido, a veces, una consecuencia distinta, y aún opuesta, a la de su imprescriptibilidad, pues partiendo de la regla general de la prescripción de los derechos y acciones de cualquier clase que sean (artículo 1.930, ap. 2), se ha afirmado que, no estando señalado plazo especial para la acción de nulidad, le correspondería el plazo general de las acciones personales (art. 1.964) (44).

El apoyo más firme en favor de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se encuentra en la exigencia legal para llevar a efecto la confirmación, de que se trate de contratos que reúnan los requisitos del consentimiento, objeto y causa establecido para todos los contratos en el artículo 1.261 (art. 1.310). Poniendo en relación este precepto, límite de la confirmación, con la esencia de ésta y de los plazos de prescripción de la acción de anulación de los contratos (art. 1.300), se puede inducir un principio general limitador de la prescripción de dicha acción a los supuestos de anulabilidad (que el Código denomina nulidad).

En efecto, la confirmación consiste en la renuncia, expresa o tá-

(42) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, I, 316, Madrid, 1959; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 10.^a ed., I, 2.^o, 814, Madrid, 1963 y III, 503; 9.^a ed., III, 471; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus, Tratado de Derecho civil*, trad. esp. I, 2.^o, pág. 377, 2.^a, ed.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1.^o, 318-319; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, 2.^o, 694, Madrid, 1958; OSSORIO y MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Granada, 1956, pág. 291-292, aunque admite algunas excepciones; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, I, 728, Madrid, 1959; "Por último, las nulidades absolutas son de pleno Derecho como la inexistencia misma, no hay acción que tienda a proclamarlas, por lo que la nulidad radical puede ser indefinidamente realizada por vía de acción o de excepción"; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 5.^a ed. VIII, 2.^o, art. 1.300, esp. pág. 630, Madrid, 1950; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XX, Madrid, 1904, comentario a los arts. 1.300 y sigs., esp. págs. 968-969 y 985; ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pág. 405, 407; implícitamente también en *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, núm. 175, pág. 461; DE BUEN. en *Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., I, Madrid, 1922, pág. 219; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 273-274.

(43) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, loc. cit.

(44) SS. 31 octubre 1922, 12 abril 1916 aluden a la inaplicación del art. 1.301 en supuestos de nulidad absoluta, en los que en su caso les serían aplicables las disposiciones generales en materia de prescripción. Sin embargo, estas declaraciones jurisprudenciales, no son claras ni contundentes, y están contradichas con otras posteriores que citaremos más adelante. La S., 12 abril 1916, se fija en el momento en que nace la acción para impugnar los contratos inexistentes, estimando inaplicable el 1.301, siendo aplicable el art. 1969.

cita, al ejercicio de la acción de anulación (art. 1.311), acción que queda extinguida por dicha confirmación (art. 1.309); pero dicha renuncia confirmativa tiene el límite infranqueable de no poder operar más que respecto a los contratos que reúnan los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa que enumera el artículo 1.261 (artículo 1.310). Paralelamente, la prescripción de la acción de anulación en el plazo de cuatro años (art. 1.301) se basa en la inacción del legitimado para ejercitar la inacción que implica la renuncia tácita al derecho de impugnación contra el acto anulable y por ende se trata de una forma de confirmación tácita que tropezaría siempre con el límite infranqueable de no poder operar más que en relación con los contratos que reúnan los requisitos esenciales citados del artículo 1.261. Por otra parte, ni siquiera es preciso este razonamiento, pues el propio Código al aludir a la anulación por determinados vicios consensuales y defectos análogos, alude expresamente a los contratos en que concurren los expresados requisitos del artículo 1.261 (artículo 1.300).

Es pues indudable que el ámbito de la renuncia a la acción de anulación, tanto por vía de renuncia-confirmación, como por la de renuncia-prescripción, está circunscrito a la mera anulabilidad, lo que en la técnica de nuestro Código se expresa reiteradamente con la referencia a que el contrato confirmable o sujeto a prescripción, reúna los requisitos de consentimiento, objeto y causa del art. 1.261.

Contrariamente, los contratos que no reúnan dichos requisitos esenciales adolecen de nulidad insanable, por cualquier vía, tanto de la renuncia-confirmación como de la renuncia-prescripción. Lo primero lo ordena expresamente el Código al decir que "sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261" (art. 1.310). Lo segundo no se dice expresamente, pero hay que inducirlo de la equivalencia práctica entre confirmación y prescripción a estos efectos, y también del ya citado artículo 1.300 que regula la anulabilidad a base de que se den los citados requisitos y sólo a esta anulabilidad se refiere al regular la prescripción cuatrienal de la correspondiente acción.

Este esquema institucional del dualismo legal entre nulidad y anulabilidad (45) es suficientemente fuerte para desvirtuar los términos generalizadores del ámbito de la prescripción como causa de extinción de los derechos y de las acciones "de cualquier clase que sean" (artículo 1.930, ap. 2). Posibilidad de excepcionar dicha regla que se ve justificada por el propio Código al recoger la tradicional imprescriptibilidad de las acciones divisorias (art. 1.965). Creemos por tanto suficientemente fundada la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, cuya eficacia práctica hemos de precisar más adelante.

(45) Recuérdese que la terminología del Código ha ocasionado el que con frecuencia se denomine inexistencia (art. 1.261) a la nulidad absoluta y nulidad (arts. 1.300 y sigs.) a la anulabilidad.

La jurisprudencia también reconoce el carácter de imprescriptible de la acción de nulidad absoluta alegando en base al artículo 1.310 que ésta es perpetua e insubsanable (46), no siéndole por tanto aplicable el plazo cuatrienal del artículo 1.301.

11. *La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad.*

Cuestión distinta es la alegación de la nulidad por la vía procesal de la excepción; afirmada por nuestra doctrina y jurisprudencia la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, no plantea problema la extensión del mismo carácter a la excepción (47). Así lo hace la jurisprudencia al declarar la imprescriptibilidad de la acción o *excepción* de nulidad (48) (SS. 11 enero 1928, 19 diciembre 1951).

12. *La usucapión y la acción de nulidad.*

El problema del entrecruzamiento de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de los efectos de la usucapión no ha pasado desapercibido a nuestra doctrina y así se advierte, por algunos, que por la ejecución de un contrato nulo pueden surgir situaciones de hecho que originen la usucapión.

En efecto, si bien en general no se dedica especial atención al tema, un sector doctrinal, partiendo de la afirmación inicial de la imprescriptibilidad de la acción, aborda la cuestión de que, no obstante, esa imprescriptibilidad quede abierta la posibilidad de la usucapión consolidando la situación creada por el negocio nulo.

Pérez González y Alguer estiman inexacto lo que afirma la Sentencia de 31 de octubre de 1922, según la cual en los contratos simulados e inexistentes en todo caso serán aplicables las disposiciones generales en materia de prescripción de acciones; añaden que, por el contrario, "si un contrato no existe, si no llena los requisitos del artículo 1.261, el transcurso del tiempo no puede subsanar ninguno de ellos. Lo único que puede ocurrir es que por la consumación de un pretendido contrato se adquieran derechos reales para dar margen a hechos que puedan fundar una prescripción *adquisitiva* (artículos

(46) Entre otras las SS. 11 enero 1928, 9 enero 1933, 19 diciembre 1951, 20 octubre 1954, 2 abril 1956, 25 abril 1960, 14 octubre 1960, 8 octubre 1962, 28 mayo 1965.

(47) BONET RAMÓN, *Compendio*, I, pág. 728; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 5.ª ed., VIII, 2.º, art. 1.300, esp. pág. 630, Madrid, 1950; DE BUEN, en *Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., I, Madrid, 1922, pág. 219; SANTAMARÍA, *Comentario al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 273.

(48) Como hemos indicado, a veces, la jurisprudencia se refiere a la inexistencia, pero hay que entender esta denominación como equivalente a la de nulidad absoluta, en general, y salvo que se quiera hacer referencia a la categoría de la inexistencia como diversa de aquélla.

1.955, ap. 2 y 1.959), pero no se tratará de prescripción *extintiva* de una acción, que no es menester ejercitar" (49).

Castán parece adherirse a esta opinión al estimar inaceptable la ya citada Sentencia de 31 de octubre de 1922, añadiendo: "lo único cierto, dicen Pérez y Alguer, es que por la consumación del contrato inexistente pueden crearse derechos reales que sirvan de fundamento a una adquisición por usucapión" (50).

Puig Brutau, después de afirmar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, añade que "otra cosa diferente es que la falta de ejercicio de la acción durante mucho tiempo ocasione una situación inatacable: p. ej., al adquirir por usucapión la cosa comprada quien la adquirió en contrato nulo. Cfr. artículos 1.955 y 1.959" (51).

Puig Peña, después de citar en favor de la imprescriptibilidad la regla del Digesto, formula la siguiente distinción: "es cierto que el acto inexistente no adquirirá nunca la perfección, ya que el tiempo no le puede dar el requisito esencial de que carece, pero también lo es que un estado de hecho no puede estar indefinidamente sujeto a la amenaza de una impugnación", añadiendo que de esto deduce la generalidad de los autores "que si bien el acto continúa con su primitivo carácter jurídico, la acción para atacarlo puede ser enervada por la prescripción si como consecuencia de aquél se produce una situación de hecho apta para la prescripción adquisitiva" (52).

Moreno Mocholí, en la revisión de los Comentarios al Código civil de Manresa, afirma que "no es dable confundir la imprescriptibilidad de la nulidad plena o inexistencia, con la fuerza indiscutida de las situaciones creadas al amparo de la relación nula o inexistente" y en su virtud "se puede en cualquier momento hacer valer la ineficacia insubsanable por el transcurso del tiempo, pero los hechos que durante el mismo hubieren permanecido con suficiencia para la adquisición de un derecho no padecen a estos efectos" (53).

La jurisprudencia niega la posibilidad de la usucapión ordinaria de bienes recibidos en virtud de un negocio radicalmente nulo, ya que para esta forma abreviada de usucapión se requiere un justo título (art. 1.952), título que ha de ser verdadero y válido (SS. 23 octubre 1954, 28 mayo 1965) (54).

(49) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus, Tratado de Derecho civil*, trad. esp. I, 2.º, págs. 336, 1.ª ed. y 377, 2.ª ed.; esta opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER es seguida por parte de la doctrina que expresamente la cita: SANTAMARÍA, *Comentarios*, I, Madrid, 1958, pág. 273.

(50) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 10.ª ed., I, 2.º, 814.

(51) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1.º, 319, Barcelona, 1954.

(52) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, 2.º, 694, Madrid, 1958.

(53) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, 5.ª ed., VIII, 2.º, revisado por MORENO MOCHOLÍ, art. 1.300 esp., pág. 633, Madrid, 1950.

(54) Sobre la posibilidad reconocida por el Tribunal Supremo de que el título meramente anulable, no anulado, pueda servir de base a la usucapión ordinaria, puede verse: ESPÍN, *Función del justo título en la adquisición de derechos por usucapión*, Revista de Derecho Privado, 1968, 833.

Esta necesaria exclusión de la usucapión ordinaria en los casos de títulos radicalmente nulos, por la exigencia legal de que el título sea válido (art. 1.953), no impide la usucapión extraordinaria, ya que en ésta no se requiere la existencia de título alguno (arts. 1.955, ap. 2 y 1.959), por lo que tampoco la obstaculizaría la nulidad radical del título. El título radicalmente nulo no puede viabilizar la usucapión ordinaria, pero es inoperante para la extraordinaria. En ésta los prescribientes prescinden del título puesto que derivan su adquisición sólo del hecho posesorio continuado durante el tiempo marcado por la ley.

Por esta razón, aún siendo posible obtener la declaración judicial de la nulidad radical del negocio translativo (título), en todo tiempo, esta declaración puede resultar prácticamente inoperante si se ha consumado la usucapión extraordinaria de las cosas transmitidas por virtud de dicho título.

13. *La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad.*

Así como respecto a la posibilidad de desplegar los efectos normales de la usucapión en relación con las situaciones creadas al amparo del negocio nulo, hemos encontrado referencias doctrinales, sobre todo las de Pérez González y Alguer, en cambio respecto a la posibilidad de que la prescripción extintiva despliegue sus efectos normales, no obstante, la nulidad absoluta del negocio y la imprescriptibilidad de la acción correspondiente no se encuentran referencias en nuestra doctrina más que aisladamente.

En las recientes ediciones revisadas de la obra exegética de Manresa hay una referencia clara a dicha posibilidad, que se pone en relación con el precepto ya examinado del Código civil italiano. La imprescriptibilidad (de la acción de nulidad) tampoco “se transmite a la facultad que los perjudicados por la nulidad tuvieron para repetir contra el menoscabo que culpablemente se les hubiere ocasionado. La imprescriptibilidad, en suma, sólo se refiere a la ineficacia del acto en sí, pero no a sus secuelas mediatas, ni tampoco a las situaciones de hecho ocurridas durante la inacción del que pudo ejercer la acción y no la utilizó” (55).

Frente a este insuficiente desarrollo doctrinal del tema encontramos en cambio un análisis más completo de los intereses en juego en reciente jurisprudencia representada por la importante Sentencia de 27 de febrero de 1964.

La jurisprudencia se hace cargo del problema que plantea la perpetuidad de la acción de declaración de nulidad absoluta, en relación con las acciones de restitución, estimando que “si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos

(55) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, 5.ª ed., VIII, 2.º, revisado por MORENO MOCHOLF, art. 1.300, esp. pág. 633.

que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de lo que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos" (S. 27 febrero 1964).

En esta Sentencia se establece la distinción entre la perpetuidad de la nulidad del acto radicalmente nulo y la prescriptibilidad de las acciones restitutorias derivadas de los efectos anulatorios (al menos respecto a algunos supuestos), alegándose que "dentro de nuestro Código civil la cuestión aparece clara: en el párr. 2.º del art. 1.930 se declara la prescriptibilidad de los «derechos y acciones, de cualquier clase que sean»; en los arts. 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965". (S. 27 febrero 1964.)

V. OBSERVACIONES CRITICAS

14. *Argumentos en favor de la imprescriptibilidad.*

a) Estimo que conformæ a la tradición romanista que informa en este punto nuestro Derecho es imprescriptible la acción de nulidad, bien entendido que este carácter no puede extenderse más que a la declaración de que el contrato fue nulo absolutamente, pero sin que pueda alcanzar la imprescriptibilidad al conjunto de efectos derivados, no ya del contrato, sino de otros hechos jurídicos, como situaciones posesorias. Por tanto hay que distinguir de una parte la acción declarativa de nulidad, y de otra, las acciones reivindicatorias de cosas o restitutorias de prestaciones efectuadas por consecuencia del contrato nulo a las cuales no alcanza la imprescriptibilidad (56).

Esta posición tiende a restringir el alcance práctico de la imprescriptibilidad, que generalmente se predica de la acción de nulidad en nuestro Derecho basándose en el principio *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50,17,29).

En favor de esta tesis militan importantes argumentos:

(56) En este sentido la ya citada S. de 27 febrero 1964.

1.º El propio fundamento general de la prescripción de velar por la paz social y contribuir a la certidumbre de las relaciones jurídicas, por lo que la imprescriptibilidad ha de ser vista como lo excepcional (57).

2.º Que el Código declara con gran generalidad que por la prescripción se extinguen los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean (art. 1.930, ap. 2), indicando de modo concreto aquellas acciones que son imprescriptibles (art. 1.956), entre las cuales no se comprenden las de carácter restitutorio, y precisamente el fundamento de la excepcional imprescriptibilidad de las acciones divisorias radica en el propio hecho de la indivisión, por lo que mientras subsiste dicho estado permanece la necesidad de la acción divisoria, lo que no ocurre en las acciones restitutorias en que la restitución pudo y debió ser reclamada diligentemente para evitar su prescripción.

3.º Con mayor motivo hay que distinguir también entre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y los efectos de la usucapión de bienes que están implicados en los efectos de la nulidad. La usucapión, como basada en la relación posesoria, despliega sus efectos que tienden igualmente a la certidumbre de los derechos, por lo que la declaración de nulidad de un contrato no impide todas las formas o especies de usucapión, sino tan sólo la ordinaria, ya que ésta se apoya en un justo título (art. 1.940) y el título ha de ser válido (artículo 1.953). Por esto, si se debe rechazar la usucapión ordinaria de bienes recibidos en virtud de un negocio nulo, como hace la jurisprudencia (58), es admisible en cambio la usucapión extraordinaria de los mismos, ya que ésta excluye la necesidad de título (arts. 1.959 y 1.955, ap. 2) y hasta se admite la usucapión de cosas muebles hurtadas o robadas cuando prescriban el delito o su pena y la acción para exigir la correspondiente responsabilidad civil (art. 1.956).

La posibilidad de la usucapión larga que no requiere título, no obstante, la nulidad del contrato del que deriva la entrega de la cosa objeto de la usucapión es completamente lógica; la nulidad del contrato no puede impedir dicha usucapión, porque la nulidad afecta al título adquisitivo de la posesión, pero no a ésta, que constituye la esencia de la usucapión. Por esta misma razón, mientras es posible la usucapión en los términos más largos previstos por la ley cuando el título es nulo, no cabe la usucapión en los términos abreviados previstos para el caso de existir título, que entre otros requisitos ha de reunir el de ser válido (art. 1.953).

b) En cuanto a la excepción de nulidad parecen muy convincentes las razones que se alegan por la doctrina francesa en favor de su perpetuidad en el actual Derecho francés. Con mayor motivo deberá estimarse dicha perpetuidad en el Derecho español, dada la impres-

(57) V. la citada S. 27 febrero 1964.

(58) S. 28 mayo 1965; ESPÍN, *Función del justo título en la adquisición de derechos por usucapión*, Revista de Derecho Privado 1968, 833 y siguientes, esp. 838-840.

criptibilidad que doctrina y jurisprudencia asignan a la acción de nulidad.

c) Como acción o como excepción la nulidad (o inexistencia como la denomina parte de la doctrina y la jurisprudencia) es perpetua, imprescriptible e insanable, pero esta perpetuidad no impide, como hemos expuesto, que las situaciones de hecho, surgidas por consecuencia del contrato nulo, puedan dar lugar a que desplieguen sus efectos respecto a ellas otras instituciones, como la prescripción extintiva y la usucapión.

15. *Compatibilidad entre la perpetuidad de la acción de nulidad y los efectos de la prescripción de las acciones de repetición y los efectos de la usucapión extraordinaria.*

No se trata, sin embargo, de una situación contradictoria del principio en que se basa la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, a saber, que lo nulo no puede devenir válido por más tiempo que pase (D. 50,17,29). No se trata, en efecto, de una convalidación sanatoria por el transcurso del tiempo. Son otros factores los que impiden que la acción de nulidad alcance los efectos prácticos a que normalmente tiende. Estos factores pueden reducirse, en síntesis a los siguientes:

a) La posesión de las cosas transmitidas por consecuencia del negocio nulo al originar el estado de hecho posesorio puede dar lugar a una adquisición originaria basada en la posesión de las mismas, que, prolongada por el tiempo prescrito por la ley para la usucapión larga que no requiere título, hará irreivindicables las cosas transmitidas por el negocio nulo, aunque sea declarada la nulidad de dicho negocio.

Como siempre que se opera el fenómeno adquisitivo de la usucapión se produce una situación contraria a la titularidad jurídica del anterior *dominus*, que se justifica, no obstante, por la necesidad del mantenimiento de la estabilidad de las relaciones jurídicas. Pero, como es fácil observar, lo que impide la reivindicación que normalmente seguiría a la declaración de nulidad negocial, no es la prescripción sanatoria del mismo, sino la aparición de un fenómeno distinto, la posesión prolongada por el tiempo necesario para consumar la usucapión.

b) La inacción de la parte que, al dar ejecución al negocio nulo, realizó las prestaciones derivadas del mismo, entregando cosas que más tarde no se cuidó de reclamar en tiempo oportuno, originando en el que recibió dichas prestaciones una situación defensiva basada en la prescripción de las correspondientes acciones de repetición. En este caso parece que todo se reduce a la acción del tiempo, lo que puede favorecer la confusión entre la prescripción de las acciones de repetición y la de la acción de nulidad, pero ambas acciones mantienen sus esferas completamente independientes. Las acciones de repetición de las prestaciones efectuadas indebidamente están sujetas, como en ge-

neral todas las acciones y derechos a la prescripción, como base necesaria para la certidumbre de las relaciones jurídicas. Estas acciones de repetición tienen una sustantividad propia y distinta de la acción de nulidad, como es fácil comprobar mediante el análisis de las características de ambas.

En efecto, mientras la acción de nulidad es puramente declarativa, la de repetición es una acción de condena. El objeto de la acción de nulidad, como meramente declarativa, está limitado a obtener dicha declaración de que el negocio fue nulo y no debe producir efecto alguno por sí mismo. Contrariamente, el objeto de la acción de repetición, lo constituye la restitución de las cosas entregadas al dar ejecución, indebidamente, al negocio nulo.

El transcurso del tiempo se revela con función completamente diferente, por consecuencia de la diversa naturaleza de las acciones de nulidad y de restitución. Para la acción de nulidad el tiempo no varía la naturaleza del negocio que seguirá siendo nulo indefinidamente. En cambio para la acción de repetición el tiempo actúa doblemente en los respectivos patrimonios de las partes que celebraron el negocio nulo, pues mientras el que recibió una prestación, indebidamente, ve consolidarse la situación creada al recibirla, el que realizó dicha prestación se mantiene inactivo en la reclamación necesaria para destruir los efectos producidos por la ejecución del negocio nulo. El tiempo consolida, en un caso, y destruye, en otro, el derecho a mantener o repetir la prestación efectuada.

Se comprende que la acción de repetición prescriba tanto por los aspectos objetivos (certidumbre de las relaciones jurídicas) como subjetivos (inacción del titular), de la prescripción. Su prescripción no contradice la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. El tiempo deja intacta esta acción, pero no aquélla, como es lógico por estar basadas en situaciones diversas.

