

PONENCIAS

Type de document : Article

Miguel PASQUAU LIAÑO

La acción de nulidad sí prescribe

Table des matières

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL “ESTRIBILLO”.
3. ¿QUÉ QUIERE DECIRSE CUANDO SE DICE QUE LA ACCIÓN DE NULIDAD NO PRESCRIBE NUNCA?
 - 3.a) Primera versión: no prescribe la acción para que la nulidad sea declarada, ni la que pretende hacer valer las consecuencias de la nulidad.
 - 3.b) Segunda versión: no prescribe la acción declarativa de nulidad, pero sí la acción que pretenda hacer valer las consecuencias de la nulidad.
4. PERO SÍ PRESCRIBE.
5. ¿QUÉ PRESCRIBE?.
6. PRESCRIPCIÓN E ILICITUD.
7. PRESCRIPCIÓN, ACCIÓN DECLARATIVA Y SENTENCIA DECLARATIVA.
 - 7.a. Sentencias declarativas y sentencias constitutivas de la nulidad.
 - 7.b) Acciones meramente declarativas y acciones de condena.
8. LA ACCIÓN DE NULIDAD PRESCRIBE A LOS QUINCE AÑOS. ¿A PARTIR DE QUÉ MOMENTO?
9. PRESCRIPCIÓN E INEXISTENCIA DEL CONTRATO.
10. RESTITUCIÓN, REIVINDICACIÓN Y USUCAPIÓN: UN AJUSTE NECESARIO
 - 10.a) Restitución y reivindicación.
 - 10.b) Restitución y usucapión.
11. CONSIDERACIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Que la acción de nulidad, cuando se trata de nulidad de pleno derecho y no de mera anulabilidad, no prescribe, es una de las afirmaciones que más firmemente están asentadas en nuestra jurisprudencia civil. Tantas veces y tan uniformemente lo ha dicho el Tribunal Supremo, y tan cerradamente ha sido secundado en esto por las Audiencias Provinciales, que uno, que hace casi diez años defendió lo contrario¹ con cierta vehemencia, todavía a veces se despierta temiendo que haya alguna razón obvia, al alcance de todo el mundo, que se le hubiera escapado en su análisis y que explique esa unánime doctrina: no es posible que tantos ponentes de tantos órganos judiciales, que tantos manuales y tratados, que tantas explicaciones de clase, tantos informes de abogado y tantos temarios de oposiciones se hayan obcecado en un error. Dar una segunda vuelta a la cuestión tampoco servirá para abatir ese molino de viento, pero seguramente sí servirá de ocasión para seguir reflexionando sobre dos instituciones importantes: la nulidad y la prescripción.

2. EL “ESTRIBILLO”.

Por más que hayan podido encontrarse algunas sentencias aisladísimas que en supuestos particulares esquivaron, al menos aparentemente, las consecuencias de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad², ya sea calificando el supuesto forzosamente como de anulabilidad, y aplicando así el plazo de cuatro años del art. 1.301, o ya sea afirmando sin más que la acción prescribía a los quince años, lo cierto es que una y otra vez el Tribunal Supremo, con una argumentación desde luego “no muy cuidada”, como dicen Delgado y Parra³, repiten sin fisuras y sin incomodidad el estribillo:

“Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio ‘quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere’, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles” (STS 14 de marzo 2002, entre tantísimas otras).

O viceversa:

“*las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad*” (STS 21 de enero de 2000). La imprescriptibilidad de la nulidad se fundamenta en la imposibilidad de convalidación por el transcurso del tiempo, y la imposibilidad de convalidación se explica por la imprescriptibilidad de la acción. ¿Quién podría escapar de este dogma? ¿Quién puede poner objeciones a esta tautología?

3. ¿QUÉ QUIERE DECIRSE CUANDO SE DICE QUE LA ACCIÓN DE NULIDAD NO PRESCRIBE NUNCA?

O mejor aún: ¿qué alcance tiene dicha afirmación? Descartando alguna de las explicaciones más extremas de esta dogma, que pueden sin duda calificarse como errores (como la de contaminar con la perpetuidad de la nulidad del contrato a la posesión del *accipiens* hasta el punto de negarle toda posibilidad de adquirir la cosa por usucapión extraordinaria), existen fundamentalmente dos niveles o grados de intensidad en la comprensión de lo que significa la imprescriptibilidad de la nulidad. Probablemente un acercamiento a estas distintas maneras de concebir dicha imprescriptibilidad al hilo de los supuestos en que más típicamente puede ser invocada por el demandado en un litigio, nos servirá para situar en el terreno de lo real, y no en el de lo esotérico, la alternativa entre prescripción o no prescripción de la acción de nulidad.

3.a) Primera versión: no prescribe la acción para que la nulidad sea declarada, ni la que pretende hacer valer las consecuencias de la nulidad.

Para no pocas sentencias, muchas de ellas con afirmación expresa al respecto y decisiva para la resolución del supuesto, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no va referida únicamente a la declaración de la nulidad del contrato, sino también a la acción que pretende remover los efectos ya consumados del contrato declarado nulo, muy particularmente, la acción de restitución, la acción de cancelación o rectificación de un asiento registral basado en el contrato, o la acción reivindicatoria frente a quien había adquirido por virtud de ese contrato⁴.

Dentro de este grupo aún podría distinguirse a quienes en todo caso limitan esta posibilidad de recuperación de la cosa admitiendo la posibilidad de una usucapión, desde luego extraordinaria (pues partimos de la hipótesis de contrato nulo, y por tanto inhábil como justo título), que se pudiera hacer valer frente al tercero *versus dominus* e incluso frente al propio *tradens* o sus causahabientes por considerar que la propiedad adquirida por usucapión es obstativa no sólo (desde luego) de la reivindicatoria, sino también de la (imprescriptible) restitutoria.

La valoración de esta versión alargada de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad es que parece coherente con sus postulados (se trata de hacer verdad que el contrato nulo no produce ningún efecto, y que no lo produce nunca), pero extraordinariamente perjudicial para la seguridad jurídica y desproporcionadamente protectora de un interés (el del contratante o tercero perjudicados por algún efecto del contrato nulo) respecto de otros intereses no menos legítimos que sí se ven limitados en su defensa por el juego de la prescripción.

La imprescriptibilidad de la acción para destruir los efectos del contrato nulo está basada en el axioma de que lo que inicialmente es vicioso no puede convalidarse a lo largo del tiempo, por lo que el contrato seguirá siendo *siempre nulo*, y en consecuencia *nunca* tendría fundamento protegible el mantenimiento de una situación jurídica producida por ese contrato vicioso. Nunca será, pues, tarde, para “poner las cosas en su sitio”: admitir la prescripción supondría el éxito del contrato nulo, y por tanto la derrota del ordenamiento jurídico. Más o menos.

3.b) Segunda versión: no prescribe la acción declarativa de nulidad, pero sí la acción que pretenda hacer valer las consecuencias de la nulidad.

Más matizada es la versión que limita la imprescriptibilidad a la sola declaración de la nulidad del contrato, sin extenderse a los efectos de la misma. Me permitirá transcribir el que considero todavía, sin duda, mejor exponente jurisprudencial de esta tesis: la STS 27 febrero 1964. Tras reconocer la complejidad de la cuestión⁵, afirma lo siguiente:

"Si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos 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 lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la 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; dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el parr. 2º 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 art. 1.965; de aquí se sigue que no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas (...) a la eficacia de la prescripción".**

Conforme a esta postura, por tanto, la nulidad de un contrato puede ser declarada en cualquier momento, sin límite de tiempo, pero ello no altera los plazos (generales o especiales) de prescripción extintiva de las acciones o pretensiones derivadas de la nulidad: la restitución, la reivindicación, etc.

Lo interesante, entonces, está en determinar qué utilidad práctica puede tener la machacona afirmación de que la nulidad en sí no prescribe: ¿en qué casos tendrá interés digno de protección una de las partes contratantes en que se declare, *sin más consecuencias*, que el contrato es nulo? **¿Qué se entiende por acción meramente declarativa de nulidad?**

3.b.a) En primer lugar, se dice, un pronunciamiento judicial de nulidad es meramente declarativo y sin embargo interesa a quien lo esgrime en los casos de **alegación de la nulidad por vía de excepción** frente a la acción de cumplimiento del contrato aún no consumado. En tales casos el demandado no estaría queriendo hacer valer alguna consecuencia propia de la nulidad, sino que estaría invocando la existencia de una causa de nulidad como *hecho impeditivo* de la consecuencia jurídica pretendida por el actor (la fuerza obligatoria del contrato). La nulidad no sería el presupuesto de una pretensión, sino el hecho impeditivo de una pretensión ajena. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad sería, pues, en este caso, un mero trasunto de la regla según la cual las excepciones no prescriben: un dogma redundante e innecesario, pero al menos inocuo.

3.b.b.) También cabe calificar como declarativa la acción interpuesta por quien se ve extrajudicialmente acosado por reclamaciones (ya efectuadas o inminentes) de cumplimiento de un contrato que considera nulo. En tales casos la nulidad se estaría esgrimiendo por vía de acción, y no por vía de excepción, y concluiría, en caso de éxito, con un formal pronunciamiento de nulidad. También podría decirse que en este supuesto, como en el anterior, la nulidad se está esgrimiendo, aunque en el cauce de una demanda, como una "excepción" (no procesal, y anticipatoria), impeditiva de pretensiones (todavía no judiciales) ajenas. No conozco ningún caso en nuestra jurisprudencia de ejercicio de una acción semejante, lo que no quiere decir que no exista.

3.b.c.) Pero me temo que también se utiliza esta versión de la imprescriptibilidad en los casos en que la declaración de nulidad es instrumental no a una acción restitutoria, sino a una acción reivindicatoria en la que el demandado ostenta un título de adquisición derivado de un contrato supuestamente nulo (generalmente, por simulación), ejercitándose esa acción *antes del plazo de la usucapión extraordinaria y después de transcurrido el plazo de la restitutoria*. Me temo que de manera abrumadoramente mayoritaria, si no unánime, en tales casos también se considera que la nulidad es meramente declarativa, y así, el dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad sirve para algo tan importante como que el contrato (nulo) no pueda impedir, pasados quince años desde la *traditio* a la que ha dado lugar, que el *tradens*, o sus causahabientes, o el tercero *versus dominus*, reivindiquen con éxito la cosa transmitida. Se dice, en tales casos, que lo único que se está haciendo es "suprimir" el contrato, sin que se persiga una condena derivada de la nulidad: la entrega sería consecuencia del derecho de propiedad del actor (no estorbada por el contrato que se va a declarar nulo), y no

de la nulidad del contrato o negocio por el que adquirió el demandado. Avanzo que esta explicación me parece más obsequiosa con la inercia dogmática que con el correcto ajuste de los intereses en presencia: con la “declaración” de nulidad como “herramienta al servicio de la acción principal”⁶ se están desmontando los efectos del contrato o negocio (cuya nulidad se pretende): el de servir de causa, título o fundamento a la *traditio*. La reivindicabilidad sería *consecuencia* del eventual éxito de la acción de nulidad. La suerte del pleito se jugaría en la acción de nulidad. También en el caso de la acción restitutoria derivada de la nulidad se podría decir que la nulidad es una “herramienta al servicio de la acción principal”, que en ese caso sería la acción de enriquecimiento (suprimido el contrato, el *accipiens* quedaría sin causa jurídica para retener la cosa o su valor, por lo que el principio de enriquecimiento fundaría la restitución). Pero en uno y otro caso no se trata de constatar una nulidad sin más, sino que hay un “volver atrás”, un remover una situación consolidada por virtud del contrato. Postular para ese caso la imprescriptibilidad creo que no puede fundarse en una supuesta regla de imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas, salvo que dicha regla sea explicada y justificada de manera más convincente no sólo desde imágenes lógicas (“la mera constatación de lo ya existente no puede limitarse en el tiempo”) sino rindiendo cuentas con el fundamento de la regla, más general, de prescripción de todo tipo de acciones. Tendremos ocasión de reflexionar sobre este supuesto.

De todas formas, el fundamento de la imprescriptibilidad concebida de esta segunda manera tiene bases más racionales. No es un reflejo de la perpetuidad ontológica de la nulidad, *ab initio* y por tanto para siempre. La acción no prescribe, según esta concepción, porque una declaración judicial que no está llamada a alterar situaciones jurídicas consolidadas, por extemporánea que sea, no perjudica a los intereses que la prescripción extintiva ha de proteger: no prescribe la acción porque no habría interés jurídico merecedor de la protección que depara la prescripción. Con todo, las explicaciones suelen quedarse en un nivel aún inferior, y no menos dogmático: que las acciones declarativas, a diferencia de las constitutivas y de las condena, no prescriben.

4. PERO SÍ PRESCRIBE.

Delgado y Parra, quienes defienden con buenos argumentos que una cosa es la acción declarativa de la nulidad y otra la acción restitutoria, han puesto tímidamente en duda la imprescriptibilidad de la acción de nulidad: “*ni la doctrina ni la jurisprudencia ha tratado de argumentar -más allá de las expresiones generales a las que hemos hecho referencia- por qué no ha de aplicarse ningún plazo de prescripción, a pesar de lo dispuesto en los artículos 1.930 (“se extinguen por la prescripción las acciones, de cualquier clase que sean) y 1.961”*”.

Pues esa es la pregunta. Por qué no va a prescribir la acción de nulidad. Qué tiene esta acción que no tenga cualquier otra. Qué importante interés protege la nulidad que quiera blindarse frente al paso del tiempo.

Si las opiniones también prescribieran, estaría ya a punto de extinguirse la que expresé en 1997⁸, porque no ha tenido apenas éxito alguno ni, desde luego, ningún eco jurisprudencial que hubiese interrumpido su prescripción.... Entonces ya defendí que **la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento**, y que tanto desde el punto de vista de los textos legales (art. 1930.2 CC) como de los intereses en presencia (la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción), y de la misma naturaleza de la nulidad, debe más bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, **prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato “pudiera” ejercitar la acción o “debiera” invocar la nulidad** (art. 1.969 CC). También creo que la disociación entre la acción “declarativa” de la nulidad y la acción que quiere hacer valer “sus consecuencias” parte de una distinción forzada (aunque ciertamente consolidada) que más parece una necesidad para precisamente escapar “a veces” de la imprescriptibilidad que al mismo tiempo se proclama. Yo entiendo que siempre que sea necesario el ejercicio de la acción para que un contrato pueda ser considerado jurídicamente como nulo (porque su declaración exija una valoración judicial en procedimiento contradictorio con todas las garantías: por ejemplo los casos de causa inexistente o ilícita -arg. art. 1.277 CC-), dicha acción estará sujeta al límite temporal de la prescripción, por exigirlo

así, igual que en cualquier otro ámbito del derecho de contratos, la seguridad jurídica. Esta herejía cambia alguna de las soluciones a los diferentes supuestos que cabe imaginar de ejercicio tardío de la acción de nulidad, respecto incluso de las propiciadas por la versión más razonable de las antes expuestas, es decir, la que no duda que la acción de restitución derivada de la nulidad sí prescribe; pero sobre todo, a mi juicio, mejora las explicaciones, se incardina mejor en la teoría general de la prescripción, contribuye a la seguridad jurídica, evita con más eficacia los excesos a que de vez en cuando se llega en la práctica judicial de la mano del dogma de la imprescriptibilidad, y resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión.

5. ¿QUÉ PRESCRIBE?

Lo primero que creo que debe afirmarse con rotundidad para situar esta cuestión en bases racionales y no puramente dogmáticas, es una obviedad que a veces se olvida: **lo que prescribe -si es que prescribe- es la acción de nulidad, y no la nulidad misma**. La prescripción opera en el plano de la *pretensión* de un pronunciamiento judicial sobre la nulidad del contrato, y no en el de la existencia de la causa de nulidad. Decir que prescribe la acción de nulidad es afirmar que pasado cierto tiempo y dadas ciertas condiciones, *ya no podrá discutirse si el contrato es válido o es nulo*, y por tanto sus efectos serán indestructibles, por más que ontológicamente el contrato adoleciera de un vicio de nulidad. Dicho de otro modo, por más que declare extinguida por prescripción una acción de nulidad, el contrato no habría quedado “*purificado*”⁹ de sus vicios.

En efecto, no prescriben las figuras jurídicas, las situaciones jurídicas, ni siquiera los derechos, sino las acciones, es decir, la posibilidad de recabar un determinado pronunciamiento judicial en el ejercicio de un poder o derecho. La prescripción, pues, nunca es el reflejo procesal de una modificación sustancial de la realidad jurídica. No es la consecuencia de la extinción de un derecho. No deriva del hecho de que el tiempo *cambie* algo en la realidad jurídica. Cada vez que, en cualquier ámbito, se declara prescrita una acción, se puede estar consolidando una situación jurídica discordante con la norma que quería hacer el demandante: por eso la jurisprudencia ha dicho tantas veces que la institución de la prescripción no está presidida por la idea de justicia, sino por la de seguridad jurídica. La prescripción no lleva al reconocimiento de que el demandante no tenía razón, sino que es un obstáculo para que pueda determinarse judicialmente si llevaba o no razón.

Vistas así las cosas, entiendo que se desploma estrepitosa y necesariamente la explicación más clásica, que es la preferida por nuestros tribunales, de la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno derecho. Si pensamos en que la prescripción no va referida a la nulidad como “manera de ser del contrato” (“el contrato es nulo”) sino a una “pretensión” (“pretendo que se declare que el contrato es nulo, cosa que la otra parte discute”), podemos entender la prescripción de la acción de nulidad en caso de vicios insubsanables. Se trata simplemente de reconocer a la prescripción una autonomía respecto de la institución sobre la que se proyecta y restituirla al plano que le es propio, que no es el del derecho material o sustantivo, sino el de un obstáculo o dique protector de la seguridad jurídica frente a pretensiones envejecidas. **Admitir la prescripción de la acción de nulidad no significa que lo nulo deje de ser nulo por el transcurso del tiempo**. Es cierto que, como decía Espín, “*el tiempo no varía la naturaleza del negocio, que seguirá siendo nulo indefinidamente*”¹⁰, pero esa consideración metafísica es irrelevante a efectos de prescripción, porque la prescripción no mira al contrato, a sus vicios ni a su naturaleza, sino a la acción de nulidad. Lo que está en cuestión no es una suerte de metamorfosis o “purificación” del contrato, sino hasta cuándo alguien puede reclamar en juicio la declaración de que el contrato adolece de algún defecto de nulidad. Dicho de otro modo, **que se declarase prescrita la acción no significaría en absoluto que el vicio de nulidad haya dejado de existir, sino que ya es tarde para discutir si existe o no**: igual que la prescripción de las acciones de cumplimiento de contrato o de responsabilidad aquiliana no supone que por el transcurso del tiempo el interés del acreedor haya quedado satisfecho, o que se haya reparado el daño extracontractual, sino que tan solo supone que, transcurrido un determinado tiempo, el demandado tiene derecho a evitar que se dirija contra él la pretensión. Lo diremos una vez más, como si así quisiéramos compensar las innumerables ocasiones en que hemos leído lo contrario: no es que

el contrato haya devenido válido por el transcurso del tiempo, sino que se ha perdido la posibilidad de determinar judicialmente si existe o no la causa de nulidad, por lo que quedarán consolidados los efectos que se hayan derivado del contrato.

En consecuencia, o algún enigmático misterio se me escapa, o la naturaleza "insubsanable" de la nulidad no puede seguir siendo considerada un argumento a favor de la imprescriptibilidad, por la sencilla razón de que la prescripción no subsana nada en absoluto. Otra cosa es que el legislador quisiera reforzar la protección de los intereses a los que atiende la nulidad, y que los antepusiera a los intereses protegidos por la prescripción, declarando imprescriptible la acción de nulidad. Pero en el ordenamiento jurídico español no existe una norma que así lo haya dispuesto, y por ello más bien habrá que estar a la lógica prescriptibilidad de toda clase de acciones.

6. PRESCRIPCIÓN E ILICITUD.

Tampoco creo que pueda sostenerse la imprescriptibilidad de la nulidad por causa de ilicitud en el hecho de que ninguna institución, ni siquiera la prescripción, podría favorecer que se diera cobertura jurídica a situaciones creadas como consecuencia de un acuerdo contrario al ordenamiento jurídico. Es verdad que si admitimos la prescripción de la nulidad de un contrato con causa ilícita, estaríamos consolidando la situación ilícita, inmoral o contraria al orden público que persiguieron las partes. Pero es que la reacción del ordenamiento jurídico frente a la ilicitud (por cierto, en el ámbito civil puesta en manos de los particulares, que sólo accionarán en la medida en que persigan intereses particulares, sin perjuicio de la posibilidad, tan discutida, de una apreciación de oficio por el juez) ha de ser también una reacción sujeta a reglas y límites, entre otros temporales. Del mismo modo que prescriben los delitos (aunque es mejor decir que prescribe la acción penal para perseguirlos), también prescribe la pretensión restitutoria de una prestación cumplida en ejecución de un contrato (o pacto) ilícito. Lo ilícito no se convierte en lícito por el transcurso del tiempo, pero la situación, salvo decisión del legislador, deja de ser removible a partir de cierto tiempo. Ese efecto de consolidación de situaciones "ilícitas" (o mejor, situaciones creadas por virtud de un contrato ilícito) es perfectamente acorde, o al menos no contrapuesto, con el fundamento mismo de la prescripción.

7. PRESCRIPCIÓN, ACCIÓN DECLARATIVA Y SENTENCIA DECLARATIVA.

Pero como hemos dicho, en el ámbito científico (más que en el jurisprudencial y forense) la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se ha basado en el carácter declarativo de dicha acción: la acción de nulidad es la que persigue que el juez declare que el contrato es nulo desde el principio y para siempre, sin más, es decir, sin remover ninguna situación jurídica derivada del mismo, y por lo tanto sin obligar a nadie a ningún comportamiento contrario a sus intereses. ¿Por qué se va a limitar en el tiempo la posibilidad de "constatar" una nulidad que existe *per se*?

Digamos, ante todo, que debajo de la tesis de que lo que no prescribe es la acción "declarativa" de la nulidad coexisten dos razonamientos que nada tienen que ver uno con otro, por lo que conviene separarlos para combatirlos (o aceptarlos) sin contaminación o confusión: a) en primer lugar, la postura de quienes derivan la imprescriptibilidad del hecho de que la *sentencia* que declara la nulidad de pleno derecho es *declarativa*, porque se limita a "constatar" una nulidad que se produce *ipso iure*, a diferencia de la anulabilidad, que requeriría, según esta postura, una sentencia de carácter *constitutivo*, es decir, una sentencia sin la cual el contrato no puede ser tenido por nulo (anulado); y b) en segundo lugar, la de quienes consideran que la acción [*declarativa*] que no prescribe es la que pretende únicamente una declaración judicial (de nulidad), pero no una condena al demandado a ningún comportamiento. Es decir, la acción es declarativa, y por tanto imprescriptible, no porque sólo "constate" una nulidad que preexistía a la sentencia (y a la demanda), sino porque no persigue una condena, y por tanto no va a remover situaciones jurídicas consolidadas por el tiempo.

7.a. Sentencias declarativas y sentencias constitutivas de la nulidad.

Desde luego, si no es necesaria la sentencia para que el contrato sea tenido por nulo, parece lógico que la acción de nulidad no prescriba. Y como otro *apriorismo* dogmático generalmente aceptado es que en los casos de nulidad de pleno derecho la sentencia tiene carácter declarativo (la nulidad es *ipso iure*, y no *ope iudicis*), a diferencia de las sentencias que estiman la acción en los casos de anulabilidad, que tendría carácter constitutivo (mientras no haya sentencia anulando el contrato ha de tenerse por válido, sin perjuicio de la retroacción de efectos), se deriva de ahí una explicación para el carácter prescriptible de la anulabilidad e imprescriptible de la nulidad.

Soy consciente de que la cuestión da para mucho, pero yo sigo pensando que **el carácter “constitutivo” o “declarativo” de la sentencia de nulidad (o, si se prefiere, que sea o no necesaria la sentencia para que el contrato pueda ser tenido por nulo) no deriva de que estamos en presencia de un caso de nulidad o de anulabilidad.**

A mi juicio, y sin entrar en si el mero hecho de destruir una apariencia (apariencia de contrato válido) tiene o no un carácter “constitutivo”, lo relevante es que hay causas de nulidad (de pleno derecho y también de anulabilidad) cuya constatación necesita, por su propia forma de ser, una apreciación que sólo puede hacerse judicialmente (es decir, tras un proceso contradictorio con todas las garantías): así ocurre, por ejemplo, en la mayoría de los casos (incluso en muchos de la llamada “lista negra”) para declarar el carácter abusivo de una cláusula, la ilicitud e inexistencia de causa (art. 1.277), la existencia de simulación o la existencia de un vicio del consentimiento. Frente a éstas, hay otras causas de nulidad (de pleno derecho o de anulabilidad) que no requieren dicha valoración o ponderación, sino tan sólo una constatación (por ejemplo, un defecto de forma exigido como condición de validez, o la minoría de edad de un contratante). De este modo, si se quiere ligar la imprescriptibilidad al carácter “declarativo” o “innecesario” de la sentencia que estime la acción de nulidad, no podría predicarse en bloque de todas las nulidades de pleno derecho, sino sólo de algunas; y probablemente habría de predicarse de algunas causas de anulabilidad. A mi juicio¹¹, **la verdadera diferencia entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad** no está en el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia estimatoria de la nulidad, es decir, no es la necesidad de verificación judicial de la irregularidad negocial, sino que **es la disponibilidad misma de la nulidad**. El contrato es nulo *ipso iure* cuando la nulidad sea efecto querido automáticamente por la ley de la concurrencia de un determinado vicio o defecto; **el contrato es, en cambio, anulable, cuando la existencia de un vicio o defecto atribuye a una persona, designada por la ley, la posibilidad de optar por anular lo que podría ser válido**. Lo que es necesario para que el contrato anulable se anule no es la sentencia, sino una declaración de voluntad *discrecional* de la persona designada por la norma, según un juicio de oportunidad que sólo a él compete. Pero nada, ningún texto legal ni ninguna lógica, obliga a que esa declaración de voluntad haya de hacerse en forma de demanda judicial: por ello entiendo que **un contrato anulable deja de ser anulable y se convierte en nulo cuando la persona legitimada manifiesta de cualquier modo reconocible en derecho (judicial o extrajudicialmente) su decisión de optar por la nulidad y no por la validez**. Otra cosa es que la contraparte esté o no de acuerdo *no con la decisión del legitimado* (ello sería completamente irrelevante) sino con el hecho de que exista o no el vicio o irregularidad determinante de la anulabilidad, y que ese desacuerdo requiera una *decisión judicial* para ser dirimida: pero entonces, obsérvese, estamos en el mismo supuesto de un contrato incurso (supuesta y discutidamente) en causa de nulidad radical o de pleno derecho cuya apreciación no sea directamente constatable, sino sólo resultado de una (necesaria) valoración judicial. Por eso entiendo que entre un contrato incurso en causa de nulidad radical y un contrato anulable *ya anulado* (extrajudicialmente) no existe ninguna diferencia, y no debería por tanto haber diferencias en el régimen jurídico de la acción de nulidad (tampoco, pues, en cuanto al plazo de prescripción): el contrato anulable ya anulado es un contrato nulo, tan nulo como el contrato nulo radicalmente.

En consecuencia, lo relevante a efectos de “necesidad” o no de ejercicio de una acción de nulidad para que el contrato pueda ser tenido por nulo no depende de si el defecto es determinante de la nulidad o de la anulabilidad, sino de si el vicio (de nulidad o de anulabilidad) es manifiesto y constatable sin necesidad de valoración judicial, o si requiere dicha valoración. Y por tanto, si de la innecesariedad de la acción quiere llegarse a la imprescriptibilidad de la misma, la consecuencia habría de ser que la acción de nulidad que no prescribe es la referida a aquellos defectos estructurales del contrato que no requieren una valoración judicial para ser tenidos por tales. Es verdad que, así expuesta, esta distinción puede parecer insegura por expuesta al subjetivismo¹², pero alegraría a favor de esta tesis que esas dosis de subjetivismo, que no son tan exageradas (lo “patente” o manifiesto deja de serlo si es discutible, y por lo tanto la regla, en caso de disputa entre las partes sobre la nulidad, será la necesidad de valoración judicial, y la excepción será el poder

negarle efectos al contrato sin necesidad de proceso) son asumibles si permiten distinciones más interesantes que aquellas de las que ayudan a huir.

7.b) Acciones meramente declarativas y acciones de condena.

Ya habríamos avanzado, en fin, si entre todos convenciéramos a la judicatura que la prescripción o no de la acción de nulidad no depende de si se pueden o no purificar los vicios del contrato, ni de si la sentencia que declare eventualmente la nulidad es constitutiva o declarativa. Y bien que seguiríamos avanzando si de manera firme se concluye por unanimidad, y se refleja en los temarios de oposiciones y manuales de toda España que la acción de restitución derivada de la nulidad (o anulabilidad) del contrato sí prescribe.

Quedaría aún por discutir el último reducto de la imprescriptibilidad: la acción *meramente declarativa*, es decir, aquella que, conforme al contenido de la pretensión esgrimida, no persigue condena alguna al demandado para que haga o deje de hacer determinado comportamiento; pero ésta ya es más una discusión de últimos o penúltimos matices que aunque enfrente fundamentos dogmáticos bien diferentes, sólo librará batalla en un pequeño círculo de supuestos. Por tanto, lo que sigue es *cuantitativamente* mucho menos importante que lo ya dicho.

En mi opinión, que prescriba o no la acción de nulidad tampoco puede depender del hecho de que se persiga o no un pronunciamiento de condena a un comportamiento derivado de la nulidad. Y sé que aquí ya sí me enfrento a planteamientos muy bien elaborados.

Pero estamos en sede científica, y tenemos por tanto tiempo y afición para discutir. Veamos. Si hemos admitido que una cosa es la nulidad del contrato, y otra la acción o pretensión de nulidad, y que ambos aspectos se mueven en planos diferentes, ahora nos toca preguntarnos qué es, en fin, la acción de nulidad. ¿Cuál es su contenido? ¿Es autónoma de las consecuencias derivadas de la nulidad (sobre todo, 1303 y ss., pero no sólo eso), o se identifica con ellas?. En mi opinión, **la de nulidad, como cualquier otra acción personal, tiene un componente declarativo que es meramente instrumental a la verdadera “pretensión” que se esgrime**: la condena a la restitución, la cancelación de un asiento registral, la reivindicación de la cosa entregada por virtud del negocio nulo, la rebaja de intereses o la exención de una obligación cuyo cumplimiento se está reclamando. Todas las acciones tienen un componente declarativo, y algunas tienen, además, un componente de condena, pero en todos los casos, por hipótesis (pues lo contrario sería admitir la posibilidad de acciones sin interés alguno en el demandante) se ejercita la acción porque alguien se está viendo perjudicado por una determinada situación jurídica que quiere *modificar* mediante la sentencia que suplica para alcanzar la situación jurídica acorde con sus intereses y derechos. La acción de cumplimiento (y por cierto, también la excepción de incumplimiento), para prosperar, requiere una constatación judicial de que existía una prestación debida y un comportamiento del deudor que no puede valorarse como ejecución de dicha prestación; la acción pauliana requiere que se declare la insolvencia del deudor y el carácter fraudulento del acto o negocio; la acción posesoria que antes se denominaba interdicto de recobrar exige que el juez constate que hay un despojo posesorio; la acción de desahucio por falta de pago requiere la constatación de que se debía la renta y no se ha pagado. Sin embargo, todas las acciones que hemos enumerado prescriben, y a nadie, o a casi nadie, se le ocurre decir que en la medida en que persiguieran únicamente la declaración que llevan inherente, no prescribirían. **Nadie se empeña en defender que la acción “declarativa de incumplimiento” es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción de la acción de responsabilidad contractual.** Sin embargo, respecto de la nulidad sí se hace de ordinario ese desdoblamiento entre la declaración misma de la nulidad y la pretensión restitutoria derivada del cumplimiento de un contrato nulo.

En mi opinión, lo que se denomina acción “meramente declarativa de nulidad” como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, es una entelequia. Puede, en casos extremos que no se encuentran en los repertorios de jurisprudencia sino sólo en los manuales, pedirse la nulidad *sin más*, pero incluso entonces será *para algo más*: por ejemplo, para disuadir a la otra parte de reclamar el cumplimiento y evitar la responsabilidad por incumplimiento. Entendería que suscitase indiferencia la afirmación de que esa acción no prescribe (porque aunque se dijera lo contrario ello sería absolutamente irrelevante, salvo que se defendiera un plazo de prescripción de la nulidad inferior al de la acción de cumplimiento), pero desde luego no concibo que pueda suscitar entusiasmo, ni

logro comprender que se hayan dedicado tantos esfuerzos a defenderlo ni tantos epígrafes de manuales. La acción de nulidad persigue un pronunciamiento que desactive todos o alguno de los efectos del contrato. Su éxito traerá consecuencias beneficiosas (ofensivas o defensivas) para el demandante (es de suponer que de lo contrario no la pediría) y consecuencias perjudiciales para la otra parte, que defiende todos o alguno de los efectos del contrato (de lo contrario es de suponer que se allanaría). La acción de nulidad no pretende *adjetivar el contrato*: declarar el contrato nulo no es como declararlo largo, corto, o amarillo. Pretender la nulidad es pretender la ineficacia de un contrato del que otra parte defiende su eficacia: por eso, cada vez que el contrato haya desplegado algún efecto, la acción está sujeta a prescripción. Mientras no haya desplegado efecto alguno no es que no prescriba la acción: es que no ha comenzado el plazo todavía. Pero la acción de nulidad, en cualquiera de sus modalidades, como toda otra acción personal, prescribe si, pudiendo ejercitarse (para perseguir un interés procesalmente suficiente), transcurre determinado tiempo sin ser ejercitada.

Miremos de nuevo al supuesto respecto del cual más importante puede ser, en la práctica, defender la prescriptibilidad de la acción declarativa de la nulidad: el ejercicio de una **acción reivindicatoria por parte del tradens o sus causahabientes, invocando, una vez transcurrido el plazo de quince años de la acción restitutoria, que el contrato o negocio que sirvió de causa para la transmisión del dominio está incurso en alguna causa insubsanable de nulidad**. Para la *communis opinio*, la acción de nulidad que se ejercita con carácter instrumental a la reivindicatoria sería meramente declarativa, y por tanto imprescriptible, lo que por esa vía permitiría al *tradens* o sus causahabientes lograr lo que la prescripción quincenal de la acción restitutoria le vedaba: la recuperación de la cosa. Los argumentos a favor de esta opinión parecen tranquilizadores, porque hacen prevalecer la propiedad frente a un contrato que en sí mismo, tal y como es, no merecería protección, por estar afectado de un vicio de nulidad. La sentencia, se dice, al declarar nulo el contrato como presupuesto para la condena a la entrega a favor del actor estaría limitándose a constatar o hacer patente lo que en sí mismo ya "es". Yo sigo creyendo que **la determinación de quién es propietario, en una acción como la descrita, es una consecuencia de la nulidad del contrato, que es la acción principal, y por lo tanto si ha transcurrido el plazo de quince años, el demandado podrá oponerse a que se discuta sobre la validez de su título de adquisición**. El actor está pretendiendo desmontar la eficacia de un contrato, y (si es el dueño) tanto da que lo llame "restitución", con recíproca devolución de lo recibido, o que lo llame "reivindicación" con obligación subsiguiente de compensar el enriquecimiento si se había recibido precio: en ambos casos el fundamento de la prescripción salta a la escena reclamando la limitación temporal de las posibilidades del *tradens* de interponer una acción para reclamar aquello a lo que (supuestamente) tiene derecho. El *accipiens* tiene derecho a impedir que se discuta la validez de un contrato celebrado y cumplido hace más de quince años; tiene derecho a evitar el perjuicio que le supondría la estimación de una demanda tan tardíamente interpuesta. **La admisión de la prescripción de la acción restitutoria derivada de la nulidad y la simultánea aceptación de la imprescriptibilidad de la nulidad que abriese la puerta para la reivindicación convertiría a la prescripción en una institución caprichosa, desligada de su fundamento, distorsionadora y de resultados aleatorios**. Y no se invoque la complejidad y autonomía del plano jurídico-real respecto del meramente obligacional: aun cuando sea preciso el modo junto al título, lo cierto es que la nulidad del título trae como consecuencia la ineficacia de la transmisión, por lo que la transmisión es "efecto" o consecuencia (aunque sea mediata) del contrato. Pasados quince años desde que el *tradens* está desposeído de la cosa como consecuencia (mediata o inmediata) de un contrato, ya no puede plantearse si ese contrato era válido. El *accipiens*, a falta de defectos de legitimación en el *tradens*, habrá de ser considerado dueño como consecuencia del contrato (seguido, en su caso, de la tradición). No es que la nulidad no prescriba, y sí la acción restitutoria o reivindicatoria nacidas de la eliminación del contrato, con sus respectivos plazos. Esa perifrasis conceptual es dogmatismo que no se apoya en texto legal alguno, y que propicia soluciones contrarias al fundamento de la prescripción. La acción que pretende algo tan agresivo para la seguridad jurídica como es "quitar de enmedio" un contrato cuya regularidad fuese de presumir mientras no se declarase lo contrario (art. 1.277) tiene que ejercitarse en un plazo.

8. LA ACCIÓN DE NULIDAD PRESCRIBE A LOS QUINCE AÑOS. ¿A PARTIR DE QUÉ MOMENTO?

No es objeto directo de esta ponencia determinar si el plazo de la acción restitutoria es idéntico en los casos de nulidad y de anulabilidad. No es contrario al Código ni a la lógica defender que el plazo de cuatro años del art. 1.301 CC es un límite temporal al ejercicio del “derecho”¹³ de hacer nulo lo (anulable) que podría ser válido: una vez manifestada la voluntad anulatoria del legitimado para anular, el contrato es nulo y tendría derecho a la restitución en el plazo general de la acción restitutoria¹⁴; pero si no se acepta la concepción de la anulabilidad como facultad del designado por la norma para determinar si se integra o no, mediante su declaración de voluntad dirigida al efecto, la causa de invalidez, habrá que dar entonces la razón a Delgado y admitir que la restitución tiene plazos diferentes según el tipo de invalidez, porque lo que resulta algo más difícil de admitir es que la restitución derivada de la nulidad (de pleno derecho) se someta también a ese plazo de cuatro años: si así fuera, deberíamos recuperar la idea de que la nulidad a la que se refiere el art. 1.301 no es sólo la anulabilidad, y eso ya nos devuelve a muchos laberintos..

Si nos centramos en las irregularidades que determinan la nulidad radical o de pleno derecho, el problema no es si la acción de nulidad prescribe o no, sino en qué momento comienza a correr el plazo (de quince años).

La respuesta ha de venir de la mano del **artículo 1.969 CC.**, no sólo porque a falta de buenas razones bien vale un artículo que cuadre, sino porque dicho precepto tiene una intrínseca racionalidad perfectamente adaptada a lo que se discute.

Conforme al **fundamento de la prescripción**, que, insistimos, no es un reconocimiento de efectos modificativos de las relaciones jurídicas por el transcurso del tiempo, sino un medio de defensa frente a reclamaciones (conformes a derecho pero) extemporáneas, persiguiendo por tanto no una seguridad jurídica “general”, sino la de la persona expuesta a reclamaciones que pudieran alterar sus posiciones jurídicas¹⁵, debe deducirse que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr sino desde que tiene sentido ejercitar la acción. **Nadie debe sufrir perjuicio por no acudir a los tribunales cuando no es necesario, ni por no hacer reclamaciones extrajudiciales meramente preventivas.** El tiempo relevante a efectos de prescripción es el que va consolidando una situación jurídica vulnerable la acción. No está prescribiendo, por tanto, una acción, cuando el resultado exitoso de la misma sólo supondría santificar lo que la realidad ya está dando¹⁶. Entender lo contrario supondría un incremento de la litigiosidad y hacer de la prescripción una sanción por no estar enarbolando cada cierto tiempo el estandarte de los propios derechos. La razón de ser de la prescripción no tiene tanto que ver con vigilar la diligencia en el cuidado de los propios asuntos, como con evitar cambios en las relaciones jurídicas debidos a causas remotas en el tiempo que no se hicieron valer cuando se pudo y se debió hacerlo. Por ello hay que insistir en que:

a) de prescripción de la acción de nulidad sólo cabrá hablar **cuando sea necesaria una acción** para que el contrato pueda ser tomado por nulo: si esa nulidad pudiera hacerse valer sin necesidad de pronunciamiento judicial (porque la irregularidad sean tan manifiesta que el contrato que la padece no sea jurídicamente reconocible como contrato); y

b) sobre todo, la prescripción sólo empezará a correr **cuando el contrato haya empezado a producir algún efecto**, es decir, cuando exista una situación jurídica contraria a la nulidad, cuya tardía revisión o rectificación pueda constituir una amenaza a la seguridad jurídica¹⁷; en definitiva, cuando se den las condiciones para que la parte que resultaría beneficiada de una eventual acción de nulidad *deba* ejercitar una pretensión judicial, basada en la nulidad del contrato, para remover una situación jurídica que se deriva del contrato supuestamente nulo.

El día en que la acción “*pudo ejercitarse*” (art. 1.969 CC) no es, pues, el momento en el que se conoce la existencia de una causa de nulidad y subjetivamente es posible acudir al juzgado para pedir que así se declare, sino el momento a partir del cual la situación de hecho exige del titular de la acción la carga de hacer valer la nulidad para corregir el efecto que ha provocado ese contrato (nulo)¹⁸. Si la

prescripción de la acción de nulidad no es una caducidad de la nulidad misma ni una convalidación del contrato, nada obliga a que el plazo arranque para todos al mismo tiempo: podrán darse situaciones en las que para uno la acción ya esté prescrita, y para otro, que no se vió perjudicado por el contrato hasta más tarde todavía pueda ser ejercitada la acción de nulidad. Frente a esa relatividad del *dies a quod* para el comienzo del plazo no puede invocarse la idea de que el contrato no puede ser nulo para unos y no para otros, porque hablamos de nulidad absoluta: ya hemos insistido en que la prescripción de la acción de nulidad (para uno o para todos) no significa que el contrato sea *en sí mismo* válido.

Desde este criterio puede darse respuesta a los supuestos más típicos en los que judicialmente se plantea la nulidad de los contratos:

A) En primer lugar, cuando la acción de nulidad se ejercita para obtener la restitución de la prestación (bienes o valores), el plazo de prescripción comenzará a contar desde la *consumación del contrato*, es decir, desde la producción de sus efectos;

B) En segundo lugar, cuando el contrato no haya producido aún efectos, el plazo de prescripción no comenzará a contar, porque la persona a quien perjudica el contrato y beneficia la nulidad se halla en la situación acorde a sus intereses, y la carga de remover la realidad acudiendo a los tribunales la tiene la otra parte, es decir, quien defiende la validez del contrato. Estarán, pues, prescribiendo las acciones puestas a disposición de quien sostiene la eficacia, pero no la acción de nulidad. Esta es la explicación de la impropriadamente denominada "imprescriptibilidad de la excepción de nulidad".

Con todo, respecto de ella, habría aún que plantearse una cuestión difícil: **¿no comenzaría a contar el plazo de la acción de nulidad una vez que la otra parte hubiese reclamado *extrajudicialmente* el cumplimiento del contrato?** Supongamos que ante reclamaciones sucesivas de cumplimiento, que obviamente interrumpirían la prescripción de la acción de cumplimiento, el deudor no invoca (extrajudicialmente) la nulidad del contrato, sino que simplemente no cumple, o invoca otra causa (incumplimiento correspectivo, discordancia sobre el contenido de la prestación, insolvencia, etc.). En tal situación, la realidad muestra un contrato vivo y probablemente la constitución en mora del deudor. ¿No habría de admitirse que a partir de esa reclamación el contrato está desplegando efectos y que, por tanto, comienza a prescribir para el deudor la acción de nulidad? Se podría pensar que la acción carece de interés, porque como el plazo de la acción de nulidad (quince años) no sería nunca inferior al plazo de la acción de cumplimiento, no podrá darse la situación de excepción prescrita y acción no prescrita. Sin embargo, es perfectamente posible que, como en el caso expuesto, la prescripción de la acción de cumplimiento se haya interrumpido (por la reclamación de nulidad), y no la de nulidad que no ha sido invocada extrajudicialmente ni reconocida por la otra parte (art. 1.973 CC.)¹⁹

C) En tercer lugar, si el contrato comienza a producir algunos efectos sin que simultáneamente se hayan producido todos (por ejemplo la obligación resultante es de tracto sucesivo, o de cumplimiento fraccionado, o se ha cumplido la obligación por una de las partes y no por la otra -se entrega el precio pero no la cosa; se entrega la vivienda arrendada pero no la renta; etc.), y contra lo que sostuve en un primer momento²⁰, creo que la acción comienza a prescribir desde que se ha producido alguno de sus efectos, es decir, desde que no sólo se ha suscrito un contrato, sino que ha sido hecho valer por la otra parte. Así, si se trata de un préstamo, la acción de nulidad empezará a prescribir para el prestamista en el momento de entregar el capital y para el prestatario al pagar la primera mensualidad; en el caso del arrendamiento (nulo) la acción de nulidad empezaría a prescribir, para el arrendador, en el momento de entregar la posesión de la cosa arrendada, y para el arrendatario en el momento de pagar la primera renta; en la compraventa, para el comprador empezaría a prescribir no tras haber pagado todo el precio, sino tras haber pagado una parte del mismo, etc. Creo, además, que ello sirve tanto para la acción como para la excepción.

9. PRESCRIPCIÓN E INEXISTENCIA DEL CONTRATO.

¿Tiene algún sentido mantener la categoría de la inexistencia del contrato, como diferenciada de la nulidad, y concluir que la inexistencia no prescribe?

Recuérdese que una de las explicaciones *intuitivas* de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad era que el contrato nulo, es decir, el aquejado de las

irregularidades más graves y más flagrantes (la ausencia de los requisitos del art. 1.261) es “jurídicamente inexistente”, y si es inexistente no puede jamás fundamentar ningún efecto jurídico. El error de esa apreciación volvía a estar en la confusión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. La nulidad es la consecuencia jurídica de un vicio invalidante, pero la inexistencia no es un régimen de ineficacia²¹. No hay una “acción de inexistencia”; de ahí que no pueda hablarse de prescripción de la misma. En la práctica, cabrá hablar de inexistencia cuando, sin necesidad de pronunciamiento judicial, lo que una parte considera “contrato” para derivar del mismo un efecto, la otra parte no lo considera contrato, de tal modo que le bastará con alegar, ante la reclamación judicial de su cumplimiento (o de cualquier otro efecto), que no concurre el supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia es lo pedido por la otra parte.

Hablamos de “inexistencia” en sentido estricto: no es que “el contrato” tenga un vicio que permita la declaración de nulidad, que supondría el reconocimiento de que el contrato “nunca llegó a existir, aunque tuviera apariencia de tal”; es que, tal y como se presenta en la realidad jurídica (borradores de documento sin firma, aceptación de oferta con graves discordancias entre el contenido de uno y de otro, defectos palmarios de forma sustancial, etc.), resulta evidente que no hubo contrato. La discusión en un eventual pleito no se centraría sobre la concurrencia de vicios de nulidad (causa ilícita, objeto incierto, etc.), sino, a lo sumo, sobre si quien pretende un determinado efecto contractual puede o no acreditar lo que la realidad no muestra por sí misma: que hubo un contrato.

No hay plazo para la acción de inexistencia contractual, porque esa acción no existe.

10. RESTITUCIÓN, REIVINDICACIÓN Y USUCAPIÓN: UN AJUSTE NECESARIO

No estoy seguro de llevar razón, porque quienes con más atención se han ocupado de la cuestión piensan lo contrario²²; pero si lo que importa no es acertar, sino contribuir a generar consensos doctrinales, en caso de duda lo mejor es presentar la propia opinión, y mi opinión es que si la acción de nulidad ha prescrito, el *tradens* no puede recuperar la cosa entregada por virtud del contrato supuestamente nulo ejercitando la acción reivindicatoria; y si, en cambio, aún no ha prescrito la acción de nulidad, pero el *accipiens* ha poseído con todos los requisitos de calidad posesoria y tiempo necesarios para la prescripción adquisitiva *extraordinaria*, no puede hacerse valer la nulidad (con la consiguiente obligación de restitución) frente a la propiedad adquirida ya no por el contrato, sino por la posesión. En definitiva, el *tradens* sólo podrá recuperar la cosa enajenada por virtud de un contrato supuestamente nulo si, a) no ha prescrito la acción de nulidad que le permita la restitución; y b) además, no ha transcurrido el tiempo necesario para la usucapión (extraordinaria) del *accipiens*. Y todo ello sin que las soluciones sean demasiado diferentes según que el verdadero dueño de la cosa transmitida fuera el *tradens* o fuera un tercero: esta circunstancia será relevante para el caso de usucapión ordinaria del *accipiens* a virtud de contrato anulable, pero nada más.

10.a) Restitución y reivindicación.

Si se admite que la acción de nulidad prescribe, ello habrá de ser a todos los efectos, salvo que se encuentre alguna justificación para salvar algunos de ellos de la lógica de la prescripción. Lo habíamos avanzado ya: transcurridos más de quince desde la entrega a virtud de un contrato traslativo del dominio estará vedada, desde luego, la acción restitutoria (efecto inmediato de la nulidad), pero también la reivindicatoria, porque ya no será posible instar la nulidad del contrato, que quedará por tanto incólume como título para la transmisión de la propiedad (salvo que lo que presente el demandado en su contestación de la demanda no pueda ser reconocido como “contrato” o negocio traslativo, es decir, salvo que se trate de un contrato “inexistente”). No es, desde luego, que haya prescrito la acción reivindicatoria: es que el demandado opondrá su derecho de propiedad, y lo acreditará aportando el contrato, *ya inimpugnabile*, y que habrá de ser tenido por válido y eficaz, con lo que la acción reivindicatoria se desestimarán no por prescripción extintiva, tampoco por prescripción adquisitiva del demandado, sino por la transmisión efectuada que resulta inatacable pasado el plazo de prescripción de la acción de nulidad.

Obviamente, si se sigue defendiendo que la acción de nulidad “meramente declarativa” no prescribe, y que lo que prescribe es sólo la acción restitutoria derivada de la nulidad, entonces podría impugnarse el contrato aportado por el demandado (lo que procesalmente planteará problemas si no se ha pedido su nulidad en la demanda), y triunfará la reivindicación. Pero he de insistir en la

artificiosidad de esta solución que, entre otras cosas, minimiza -en el ámbito inmobiliario- la importancia de decir que la acción de restitución prescribe a los quince años, pues entonces el *tradens* -que fuese dueño de la cosa transmitida a virtud del contrato supuestamente nulo- dispondría sin más treinta años para “recuperar” la cosa. A mí me cuesta entender por qué, por ejemplo, quien enajena un inmueble de su propiedad mediante un contrato nulo dispone de treinta años para recuperarlo, y sin embargo el adquirente a título oneroso a virtud de ese mismo contrato dispone únicamente de quince años para recuperar el precio que pagó, cuando para uno y para otro todo dependerá de si logran o no acreditar la causa de nulidad del contrato para desmontar sus efectos. No sirve de respuesta la consideración -por otra parte obvia- de que si prospera la reivindicatoria el comprador pudiera recuperar el precio por la vía del enriquecimiento sin causa, porque lo que me estoy preguntando no es por qué uno se queda con la cosa y el precio y el otro con nada (no creo que nadie defienda semejante desafuero), sino por qué uno tiene treinta años para dar marcha atrás en el negocio suscrito y otro sólo quince, tratándose del mismo negocio y la misma causa de nulidad.

Si el *tradens* no era el verdadero dueño y ha pasado el plazo de prescripción de la acción de nulidad, es obvio que no podrá recuperar la cosa por ningún título; y en cuanto al verdadero dueño, su acción reivindicatoria podrá fracasar por la usucapación ordinaria o corta del *accipiens*, quien podrá dar, a mi juicio, carácter de *justo título verdadero y válido* al contrato por el que adquirió (seguido de la tradición), dado que si también para el tercero ha prescrito la acción de nulidad (por haber transcurrido quince años desde que él pudiera ejercitarla), no va a poder declararse como nulo; insisto: no porque fuese válido, sino porque ha pasado el tiempo para discutir sobre su validez²³

10.b) Restitución y usucapación.

Si no ha prescrito la acción de nulidad (ni consiguientemente la de restitución de las prestaciones cumplidas), el problema que se plantea es si es posible oponer a la misma la usucapación eventualmente consumada por el *accipiens*. Dejando al margen los problemas especiales que se suscitan cuando el título esgrimido para la usucapación es anulable y no nulo (cuando el enajenante no sea verdadero dueño), y centrándonos en el caso de la nulidad radical, tendríamos que plantearnos los siguientes supuestos:

a) La acción de nulidad no ha prescrito y el *accipiens* ha poseído en concepto de dueño, sin que se haya probado su mala fe, durante el tiempo necesario para la usucapación ordinaria: en tal caso, tratándose de inmuebles, el *tradens* o el tercer *verus dominus* (cuando no lo fuera el enajenante) podrán pedir la nulidad del contrato, con lo que decae el presupuesto del justo título válido para la usucapación ordinaria, y quedará libre la posibilidad de recuperar la cosa, ya sea por la acción restitutoria (si la ejercita el *tradens*) o por la reivindicatoria (si es el *verus dominus*); tratándose de muebles (para cuya usucapación la buena fe equivale al título), entiendo que si existe la buena fe el *accipiens* podrá oponer su adquisición por usucapación al *verus dominus*, pero no creo que pueda prevalecer esa usucapación frente a la acción restitutoria ejercitada por el *tradens*, por cuanto nada ha de poner ni quitar la institución de la usucapación *ordinaria* cuando el *tradens* era el dueño de la cosa y no existe, por tanto, un defecto de legitimación o poder de disposición del mismo: se trataría de un caso puro de nulidad/restitución.

b) La acción de nulidad no ha prescrito, y el *accipiens* ha poseído en concepto de dueño durante el tiempo necesario para la usucapación *extraordinaria*. El caso puede darse cuando la cosa sea mueble, o incluso cuando, siendo inmueble, hayan existido reclamaciones extrajudiciales en las que se invocase la nulidad del contrato y se pidiera la restitución: dichas reclamaciones habrían interrumpido la prescripción extintiva de la acción de nulidad (art. 1.973 CC) pero no la prescripción adquisitiva (arts. 1.943 a 1.948 CC). En estos supuestos sigo pensando que el derecho real de propiedad adquirido no por virtud del contrato, sino de la posesión continuada en concepto de dueño ha de poder oponerse a todos, incluido el *tradens*. La nulidad del contrato no suprime presupuesto alguno de los exigidos para que se produjera la adquisición de la propiedad por usucapación, y por tanto no habrá prescrito la acción de restitución pero podrá ser evitada por el *accipiens* invocando su derecho de propiedad adquirido después de la celebración del contrato que se anula. A quienes piensan lo contrario²⁴ propongo la siguiente

reflexión: supongamos que el *tradens* no era dueño de la cosa enajenada a través del contrato nulo (nulo, obviamente, por causa distinta a la falta de legitimación); ello no le impide ejercitar la acción restitutoria, que es la directamente pensada por el legislador para los casos de nulidad; pero supongamos que el *accipiens*, después de ese contrato, compró mediante contrato válido celebrado con el *verus dominus*: ¿no podría en tal caso oponer a la acción restitutoria el derecho de propiedad adquirido sobre la cosa, con eficacia *erga omnes*, por virtud de un título adquisitivo posterior al contrato nulo? Pues si puede oponer esa adquisición, ¿por qué no va a poder oponer otro título adquisitivo, como es la usucapión extraordinaria? La “especialidad” de las normas del crédito restitutorio (con sus plazos y su naturaleza recíproca) no es argumento para expropiar al verdadero dueño de la cosa cuando la adquisición no es consecuencia del contrato que se ha anulado. La nulidad puede llevarse por delante, mediante la restitución, los efectos que dicho contrato ha producido, pero no puede afectar a efectos derivados de otras relaciones o hechos jurídicos. Encuentro, pues, más argumentos para que la propiedad adquirida prevalezca sobre el crédito restitutorio que para lo contrario, es decir, para que el crédito restitutorio sea más fuerte que un derecho real adquirido con independencia del contrato cuya nulidad es la única razón de la restitución pretendida.

11. CONSIDERACIÓN FINAL.

Si la función de la prescripción es ofrecer seguridad jurídica frente a reclamaciones (quizás justas, pero) intempestivas, tardías o derivadas de causas remotas, creo que ha pasado ya el momento de la doctrina científica y es otra vez momento para el legislador. Los autores podemos seguir dando vueltas en un laberinto hecho de grandes avenidas (los conceptos) y pequeños vericuetos (los plazos y el ajuste de unos con otros), pero lo cierto es que en más de un siglo de debates no hemos logrado ponernos de acuerdo sobre cosas tan simples, e importantes, como si la acción de nulidad prescribe, si prescribe la restitución derivada de la misma, sobre cuándo comienza ese plazo de prescripción, etc. Una política legislativa libre de una tan asistemática regulación como la vigente, podría establecer un marco razonable estableciendo tiempos y criterios para la prescripción de las nulidades y sus consecuencias. Por si ese momento llega, dejo escrita mi propuesta:

1. La acción de nulidad, es decir, aquella que persigue un pronunciamiento judicial sin el cual el contrato ha de tenerse como válido por reunir en apariencia los hechos constitutivos del mismo (consentimiento, objeto, causa y en su caso forma) está sujeta a prescripción.
2. A ello no obsta que el vicio de nulidad sea de los que no admiten subsanación por el paso del tiempo, pues la prescripción no comporta metamorfosis o modificación sustancial del contrato ni purificación de sus vicio, sino que sólo da derecho a la parte perjudicada por la nulidad a impedir el éxito de la acción de nulidad cuando haya pasado determinado tiempo.
3. Sólo escapan de la prescripción las irregularidades o defectos en la confección del contrato que impidan a éste ser reconocido exteriormente y reconducido a la categoría de contrato²⁵, y ello porque en tales casos no es precisa acción judicial alguna para desproveer a sus efectos de toda justificación contractual.
4. El plazo deberá ser el mismo que se establezca para las acciones de cumplimiento del contrato, y deberá comenzar a correr desde que el contrato haya producido algún efecto cuya remoción requiera, a falta de acuerdo, un mandato judicial. En caso de contrato no cumplido, la reclamación (judicial, pero también extrajudicial) determina el inicio del cómputo del plazo para la prescripción de nulidad. El cumplimiento del contrato por la parte que no pretende su nulidad equivale a estos efectos a reclamación.
5. La invocación extrajudicial de la nulidad interrumpe el plazo de prescripción de la acción de nulidad.
6. Si para reivindicar con éxito la cosa transmitida por virtud de negocio traslativo nulo es preciso que se declare la nulidad de ese negocio, el demandado podrá oponer al reivindicante la prescripción de la acción de nulidad, por más que el plazo de la acción reivindicatoria fuese mayor.
7. El *accipiens* que haya adquirido la propiedad de la cosa transmitida por usucapión extraordinaria o por cualquier otro título anterior o posterior al contrato nulo podrá oponer su derecho de propiedad a la acción de nulidad y restitución que contra él se ejercite.

Notes de base de page numériques:

1 *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 277 y ss.

2 Cfr. Pasquau, “Comentario al artículo 1.261”, *Jurisprudencia civil comentada*, Granada 2000, vol. II, pp. 2.165-2.166 y, más extensamente, en *Nulidad... cit.*, pp. 314 y ss.

3 *Tratado de la nulidad de los contratos*, Zaragoza, 2003, p. 124

4 “Si la acción de nulidad era imprescriptible, tal condición habrán de tener las acciones de ella derivadas” (p. ej., STS 14 marzo 1974); “(...) tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el

plazo de quince años para la restitución de las prestaciones, pues si es imprescriptible la acción de nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad a que se refiere el art. 1303' (SAP Barcelona 4 marzo 2002).

5"Si la cuestión de la prescripción es, de ordinario, delicada y confusa, con las dificultades inherentes a ello, éstas suben de punto cuando se trata de aplicarla en relación con actos jurídicos tachados de vicio de nulidad, pues entonces hay que examinar la naturaleza de tales actos, el carácter absoluto o relativo del defecto imputado, su repercusión respecto a las acciones ejercitadas para pedir su cumplimiento o anulación, en relación con el instituto de la prescripción y las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, respecto a lapso de tiempo transcurrido, interrupción del mismo, etc."

6La expresión es de Yzquierdo Tolsada ("Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIV, fasc. II, abril-junio 2001, p. 588)

7Op. cit., p.124

8 Nulidad... cit.

9Esta significativa expresión, fruto de la doctrina de las nulidades de la época, es la utilizada por el artículo 1.313 para explicar la confirmación del contrato anulable.

10"La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión", *Anuario de Derecho Civil*, 1970, p. 541.

11Extensamente en "Nulidad y anulabilidad...", pp. 189 y ss.

12Es la objeción que formulan Delgado y Parra, en "Tratado de la nulidad..." cit., Parte II, p. 58, y después en Parte III, p. 46..

13De "derecho" a la nulidad habla el artículo 1.311 CC.

14Cuyo plazo comenzaría a contar desde el momento en que "pudiera" ejercitarla, que no ha de coincidir necesariamente con el de la consumación del contrato: por ejemplo, en los casos de anulabilidad por falta de capacidad, comenzaría a contar, de haberse consumado antes, en el momento en que se recuperase la capacidad.

15"Sin perjuicio del interés general, a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el del sujeto pasivo. Se considera injusto, y por ello inadmisibles, que una persona quede expuesta a pretensiones tardías" (Díez-Picazo, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, p. 96)

16Díez-Picazo dice que "para que la prescripción comience a correr no sólo es necesario el no ejercicio del titular del derecho, sino también la existencia de una situación de hecho que resulte contraria al derecho mismo (...) Tiene que existir na situación que reclame algún tipo de respuesta por parte del titular del derecho, de manera que es este silencio o esta falta de respuesta ante la situación creada lo que supone el arranque de la prescripción" (op. cit., p. 128)

17Téngase en cuenta que la seguridad jurídica que queda comprometida con el ejercicio tardío de la acción de nulidad no es la del tráfico, es decir, la de los terceros; es la de la estabilidad de las situaciones de hecho irregularmente creadas por el contrato viciado de nulidad. La prescripción protege a la persona que se está beneficiando de una situación de hecho contraria a la que resultaría de ejercitarse -y prosperar- la acción de nulidad.

18"Cuando se dice que para que el tiempo de prescripción pueda comenzar a contarse es necesario que la acción haya nacido, lo que quiere decirse en realidad es que el titular del derecho pueda ejercitar la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación o para la defensa de su derecho" (Díez-Picazo, *La prescripción...* cit., p. 129).

19Naturalmente, una invocación extrajudicial de la nulidad del contrato también interrumpiría el plazo de prescripción de la acción de nulidad.

20Nulidad y anulabilidad... cit., p. 298

21Gordillo Cañas, "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (el sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)", *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, pp. 935 ss.

22Cfr. Delgado y Parra, op. cit., en varias partes de su trabajo, y López Beltrán de Heredia, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995; y con más matices (en particular admitiendo la oponibilidad de la usucapión extraordinaria al titular de la acción de nulidad/restitución, Yzquierdo Tolsada, "Tipología..." cit., pp. 603 ss.

23Después de haber leído a Yzquierdo ("Tipología----" cit., pp. 586 a 591) hago la salvedad del supuesto de la simulación absoluta, en la que probablemente el defecto está no (sólo) en el título, sino (también) en la posesión misma, que no lo sería en concepto de dueño. En la práctica, sin embargo, lo importante es que el demandante deberá no tanto impugnar el contrato, como probar una calidad posesoria distinta a la de dueño, y ello dependerá no tanto del contrato como de la tradición.

24Sobre todo Delgado y Parra, op. cit., Parte III, "Las consecuencias de la nulidad", pp. 43 y ss.), y López Beltrán de Heredia, op. cit., p. 201.

25Esta es la noción de inexistencia asumida por el artículo 137.1 del Código europeo de contratos elaborado por el Grupo de Pavía. Hago la observación de que ello nada tiene que ver con la tácita noción de "inexistencia" de la que parte nuestro "No hay contrato..." del artículo 1.261, puesto que la falta de los elementos esenciales del contrato está contemplada en el art. 140.1.c) como causa de nulidad; se trata, pues, de una ausencia manifiesta de toda apariencia de contrato, perceptible exteriormente sin necesidad de valoración judicial ni, por tanto, de acción.

Pour citer cet article

Miguel Pasquau Liaño. «La acción de nulidad sí prescribe». *principal*, 2006 (Especial Coloquio)NUL. Estudios sobre invalidez e ineficaciaNulidad de los actos jurídicos document.php?id=288

affiliation : Universidad de Granada

fonction : Prof. Titular de Derecho