



LA TEMPORALIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA Y LA PERPETUIDAD DE LA EXCEPCION

Dr. Diego Baudrit Carrillo
Director del Instituto de Investigaciones
Jurídicas, Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

Introducción	20
I. La prescriptibilidad de la acción	20
A. La situación jurídica y la situación de hecho	20
B. La transformación de la situación de hecho	21
II. La imprescriptibilidad de la excepción	23
A. El acto nulo se ejecuta	23
B. El acto nulo no se ejecuta	23
A manera de conclusión	24

INTRODUCCION.

El artículo 837 del Código Civil, al disponer que la nulidad absoluta "no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria", ha sido severamente criticado por la doctrina.

D. Alberto BRENES CORDOBA considera que esa disposición resulta de una "inconsecuencia inexplicable" (1), ya que "si en presencia de la ley el acto no existe, no es posible que se convalide por el transcurso del tiempo" (2). El Prof. Víctor PEREZ, a su vez, informa que "la doctrina, mayoritariamente, califica de 'imprescriptible' a la acción de nulidad" (3), al comentar el tema de la nulidad absoluta, en lo que coincide con las apreciaciones antes citadas.

Existe aparentemente, una contradicción entre lo que señala la doctrina sobre la perpetuidad de la acción de nulidad absoluta (es imprescriptible) y lo que parece disponer nuestra ley (es temporal). Tal problema se traslada también al tema de la excepción de nulidad absoluta, que tiene en ese aspecto la misma naturaleza jurídica que la acción (4).

La "inconsecuencia lógica" señalada por D. Alberto BRENES podría no ser tal, si se considera el problema desde un ángulo diferente al suyo. Creemos que en nuestro derecho civil se presenta un sistema coherente (5), y por consiguiente alejado de la inconsecuencia, que admite una naturaleza jurídica distinta de la acción de nulidad absoluta (que se tiene como temporal) y de la excepción (que se considera perpetua).

I. LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION.

En Derecho romano la acción de nulidad absoluta se consideró siempre como perpetua (6): "el contrato nulo, por ser considerado como si no existiese, no puede ser objeto de confirmación ni de prescripción sanatoria" (7).

La autoridad de esa doctrina no puede ser contestada. Sin embargo, debe hacerse una distinción necesaria para analizar la situación que resulta de un contrato o de un acto nulos. En efecto, si de la situación jurídica nacida del acto nulo nada puede resultar (es jurídicamente inexistente), de la situación de hecho puede llegar a constituirse alguna consecuencia de derecho.

A. La situación jurídica y la situación de hecho.

La nulidad absoluta, en principio, no tiene necesidad de ser declarada (8). La razón es sencilla, los efectos perseguidos por el acto o contrato que tiene tal vicio no se producen. "La situación preexistente no es modificada" (9).

De tal manera, en el plano netamente jurídico no se puede constatar transformación alguna. El negocio o acto nulo no altera en nada ninguna situación jurídica que existiera al momento de realizarse. Tampoco crea una situación jurídica nueva.

El acto nulo no es un acto jurídico. El derecho no lo toma en consideración. Es impropio, pues, hablar de un derecho a la nulidad, o a la declaratoria de nulidad, puesto que el acto nulo no puede dar pie a situación jurídica alguna (10).

Sin embargo, aunque no genere derecho de clase alguna, al producirse el acto nulo puede presentarse una situación de hecho: el acto o contrato

(1) "Tratado de las obligaciones y contratos", No. 480.

(2) *Ibidem*.

(3) "Patología negocial: invalidez e ineficacia del negocio jurídico", Rev. Jud. No. 8, jun. 1978, p. 99 ss. (la cita es de la p. 123).

(4) GULLON BALLESTEROS (A.), "Curso de derecho civil. El negocio jurídico". Ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 198 (cita la regla "*quod ab initium est non potest tractu tempore convallescere*").

(5) No exento, por tanto, de críticas, como las que se hacen en derecho civil francés por MARTY (G.) y RAYNAUD (P.), "Droit civil. T. 1. Introduction générale à l'étude du droit", 2a. ed. Sirey, París, 1972, No. 158; igualmente por MAZEAUD (H., J. y L.) y CHABAS (Fr.), "Leçons de droit civil. T. 2, vol. 1. Les obligations", 6a. ed. Ed. Montchrestien, París, 1978, No. 316.

(6) Lo afirma así CASTAN TOBENAS (J.), "Derecho civil español, común y foral", 12a. ed. por Gabriel GARCIA CANTERO, Reus, Madrid, 1978, T. 3, p. 620.

(7) *Ibidem*.

(8) BARBERO (D.), "Sistema de derecho privado", Trad. de la 6a. ed. it. de Santiago Sentís Melendo. EJEa, Bs. Aires, 1967, No. 295, VI.

(9) SANTORO PASSARELLI (F.), "Doctrinas generales del derecho civil", Trad. Agustín Luna Serrano. Ed. Rev. Dro. Privado, Madrid, 1964, p. 301.

(10) *Ibidem*.

nulo puede ejecutarse (por ejemplo, tratándose de un contrato absolutamente nulo, las partes pueden cumplir voluntariamente con las prestaciones convenidas). Esa ejecución no está fundada en una situación jurídica. No hay amparo del derecho para esa situación de hecho. Las prestaciones así ejecutadas pueden, en principio, repetirse (artículo 844 del Código Civil). La repetición tiene como fundamento precisamente el hecho de que la ejecución que se le haya dado al acto nulo no es más que de hecho. Es una ejecución completamente precaria.

Aquí debemos detenernos en nuestro desarrollo para hacer una constatación: si el acto nulo no es ejecutado, no hay siquiera apariencia de juridicidad. No hay situación de derecho ni situación de hecho que se haya generado (de aquí surge la tesis, criticada, de JAPIOT, que niega toda existencia autónoma a la acción de nulidad absoluta; no puede hablarse, según ese autor, de una acción de nulidad "pura", que carecería de todo interés) (11). La nulidad, en la hipótesis que contemplamos, opera "ipso iure" (12).

La situación de hecho a la que antes hicimos referencia no se conforma con esa hipótesis. La nulidad absoluta opera "ipso iure", cuando por razón de la nulidad no hay transformaciones en la situación jurídica preexistente y, además, cuando no se crea una apariencia de juridicidad. La apariencia de juridicidad es la situación de hecho. Tal apariencia debe ser destruida, por ser un atentado al ordenamiento jurídico (13). En esta hipótesis sí habría interés (contra lo que sostiene JAPIOT) para una acción de nulidad absoluta.

Al declararse judicialmente la nulidad, destruyendo la apariencia de juridicidad, se destruye también el fundamento de hecho de las prestaciones surgidas del acto nulo. Deben presentarse entonces las restituciones a que se hizo referencia.

Se impone otra constatación: el interés para la acción de nulidad absoluta, contra lo que dice JAPIOT, puede ser puramente preventivo. Un sujeto involucrado en el acto nulo tiene interés para destruir cualquier germen de apariencia de juridicidad

de tal acto, cual sería la propia exteriorización de las voluntades de los sujetos que lo formaron. En estas hipótesis de ausencia de apariencia de juridicidad, es cuando se puede señalar propiamente que la nulidad no puede ser cubierta por el transcurso del tiempo, pura y simplemente (14).

Podemos ahora considerar otro supuesto: que haya ejecución voluntaria de las prestaciones surgidas del acto nulo, y que los sujetos involucrados en ese acto no acudan a la vía judicial, con una acción de nulidad absoluta, para destruir la apariencia de juridicidad y para pedir la restitución de las prestaciones. En tal caso, si no hay intereses de terceros lesionados, no puede obligarse a aquellos sujetos a variar la situación de hecho. Se daría entonces el caso de que frente a un acto nulo que está ejecutándose o que se ha ejecutado, los sujetos que están involucrados en la ejecución, no ejercitan la acción de nulidad, sin tener obstáculo de hecho o de derecho para ello.

De allí puede surgir la transformación de la situación de hecho.

B. La transformación de la situación de hecho.

En alguna oportunidad se ha justificado la disposición del artículo 837 del Código Civil, argumentando que su base es más práctica que científica (15). Se consideraría, así, que dentro de un criterio práctico no hay inconveniente que la acción de nulidad absoluta tenga un plazo determinado para ser ejercitada. D. Alberto BRENES tampoco ve inconveniente en que la nulidad se cubra por el tiempo, o de otra manera, "tratándose de intereses de un orden enteramente privado" (16), a pesar de la "inconsecuencia lógica" que el asunto encierra.

De ese análisis se puede derivar una conclusión: no se puede establecer como regla absoluta la perpetuidad de la acción de nulidad absoluta. Hay consideraciones de orden práctico y relativas a intereses privados que no justifican el carácter irrefragable de un principio como el enunciado de la perpetuidad de la acción.

En efecto, la situación de hecho que hemos

(11) Ver PONSARD (A.) y BLONDEL (P.), Vo. "Nullité", *Encycl. Dalloz, Rép. Droit civil*, 2a. ed. París, 1973, No. 84. La obra de JAPIOT (R.): "*Des nullités en matière d'actes juridiques*", tesis, Dijon, 1909.

(12) BARBERO, *supra* nota 8.

(13) GAUDEMET (E.), "*Théorie générale des obligations*", reimp. de la ed. de 1937, Sirey, París, 1965, p. 149 (al comentar la teoría clásica de las nulidades, que no es precisamente la que ese autor sostiene).

(14) PONSARD y BLONDEL, *supra* nota 11, No. 83.

(15) BOLAÑOS GENE (C.), "*Rescisión, nulidad y resolución en los contratos civiles*", tesis, UCR, 1964, p. 48.

(16) *Supra* nota 1.

señalado, puede transformarse en una situación jurídica (17).

Nótese que dentro de este examen no se le estarían asignando efectos jurídicos al acto nulo. No puede tenerlos. Se le asignan efectos de derecho a una situación de hecho, que es diferente al acto nulo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en sentencia que se condensa así: "aunque es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por el transcurso del tiempo, ello es cuestión aparte de que por voluntad de los contratantes, 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" (18).

En consecuencia, se considera que el acto nulo no adquiere una existencia legal. El acto nulo no puede nunca surgir a la vida jurídica. Es la situación de hecho la que se consolida por el transcurso del tiempo, ante la inercia de quien pudo oportunamente destruir la apariencia de juridicidad mediante la acción de nulidad absoluta (19).

La situación de hecho, en virtud de la prescripción, deviene jurídica. Se pasaría de un estado de "no juridicidad" (que no es lo mismo que anti-juridicidad) a un estado de juridicidad. El fundamento de esa transformación es la inercia del sujeto legitimado para intentar la acción de nulidad absoluta.

Un razonamiento como el anterior se inscribe en el marco conceptual que inspiró el artículo 320 del Código Civil. En efecto, esa disposición recoge el principio que la propiedad es imprescriptible (la falta de ejercicio del derecho de propiedad durante un cierto tiempo, no extingue ese derecho), pero que cede ante la prescripción positiva (es decir, si el propietario no ha ejercido el dominio y a la vez

un tercero ha reunido todos los requisitos de la prescripción positiva, el propietario verá extinguirse su derecho).

Ante la conversión comentada (que no es conversión del acto nulo, sino de la situación de hecho en situación de derecho), no puede oponerse la acción de nulidad absoluta. Ello contrariaría la regla del artículo 868 del Código Civil, que limita en el tiempo el ejercicio de las acciones cuando hay intereses contrapuestos (ya que esa regla está establecida para asegurar la certidumbre de las relaciones jurídicas). La acción que se intentara sería para destruir la juridicidad que ya ha adquirido la antigua situación de hecho (propiamente no sería una acción declaratoria de la nulidad del acto viciado, porque esto lo sería "ipso iure"); contra esa pretensión se elevaría la institución de la prescripción negativa: hay un interés superior de estabilizar las situaciones de hecho, si no se oponen a los intereses de los particulares (que se ejercitan con las respectivas acciones, dentro del tiempo que fija la ley) (20).

Consideramos que no es aventurado tener como hipótesis de trabajo, que la regla del artículo 837 del Código Civil que comentamos se originó en un comentario específico de AUBRY y RAU. Es sabido que la obra de los profesores de Estrasburgo fue una de las principales fuentes que inspiraron a los redactores del Código Civil de 1887 (21), y en su edición de 1871 se recoge una afirmación que se funda en razonamientos similares a los que aquí hemos formulado: "...sería contrario al espíritu general de nuestra legislación, y al objetivo final de la prescripción... que es garantizar el patrimonio contra toda reclamación ulterior, de extender más allá de su término la duración normal de las acciones (de nulidad absoluta) que presentan únicamente un interés pecuniario..." (22).

Nuestros legisladores no llevaron a sus últimas consecuencias el pensamiento de esos autores, ya que establecieron la regla del artículo 837 para

(17) SANTORO PASSARELLI, *supra* nota 9.

(18) 27 de febrero de 1964, cit. por CASTAN y GARCIA, *supra* nota 6.

(19) PONSARD y BLONDEL, *supra* nota 11, No. 87.

(20) WEILL (A.) y TERRE (Fr.), *"Droit civil. Les obligations"*, 2a. ed. Précis Dalloz, París, 1975, No. 315.

(21) FOURNIER (F.), *"Historia del Derecho"*, Juriscentro, San José, 1978, p. 227. GUIER (J.E.), *"Historia del Derecho"*, 2a. parte, Ed. C.R., San José, 1968, p. 1206.

(22) AUBRY (C.) y RAU (C.), *"Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae"*. T. IV, 339 p. 281, nota 42. Trad. libre.

todo tipo de nulidad absoluta. No consideraron, como sí lo hace la doctrina francesa, que la situación de hecho contraria al interés público, a la moral y a las buenas costumbres, no puede consolidarse nunca por el transcurso del tiempo (23).

D. Alberto BRENES así lo comprendió, ya que consideró que solo podrían consolidarse las situaciones de hecho relativas a "intereses particulares" (24), y D. Salvador JIMENEZ, nuestro primer tratadista de Derecho Civil, señaló acertadamente que eran excepción a la regla de la prescripción, "todos los casos en que se trate de una nulidad de orden público" (25).

Las consideraciones anteriores tienen también vigencia en lo que concierne al otro problema que es objeto de este análisis: cómo influye el transcurso del tiempo en la excepción de nulidad absoluta.

II. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN.

La corte de casación costarricense, en dos sentencias relativas a asuntos en que se oponía la excepción de nulidad absoluta a pretensiones relativas a la ejecución de un contrato, consideró aplicable a esa materia la doctrina del artículo 837 del Código Civil (26). La sentencia que parece ser el pronunciamiento de principio es de las 14:15 hrs. del 25 de julio de 1940, explica sus razones así:

"IV.—...la estipulación de que tuvieran como anticipo de herencia paterna... de ser considerada como un pacto de sucesión futura, estaría afectada de nulidad absoluta y general, porque la prohibición del artículo 520 del Código Civil comprende todas las estipulaciones sobre sucesiones no abiertas, tanto entre el causante y sus herederos como entre los herederos presuntivos, legatarios y terceros; pero cuando esa nulidad fue alegada en segunda instancia, ya habían transcurrido más de diez años de hecha la estipulación, con lo que la nulidad, aunque de carácter absoluto y general, se convalidó conforme al artículo 837 del Código Civil...".

Debemos advertir que en las consideraciones transcritas la Corte de casación no analiza el problema desde un punto de vista que nos parece fundamental (ni lo hace, tampoco, en otra parte del fallo): la distinción de si el acto que se alega en la excepción como nulo, fue ejecutado o no fue ejecutado.

A. El acto nulo se ejecuta.

Examinamos la ejecución voluntaria, por supuesto. Si hay ejecución o cumplimiento, total o parcial, surge la apariencia de juridicidad que ya referimos. La situación de hecho se convalidaría con el transcurso del tiempo, la excepción estaría prescrita, así como estaría prescrita también la acción de nulidad absoluta. Quien alega la excepción pudo ejercer oportunamente la acción correspondiente, su inercia al respecto extinguió el derecho (y su correspondiente acción) de destruir la apariencia de juridicidad.

La prescripción consolidó la situación de hecho. Cuando la nulidad es invocada por vía de excepción y el acto nulo se ha ejecutado, tal nulidad no se conforma con la situación jurídica nueva, creada por la prescripción. La excepción no puede ser admitida (27). Quien opone una excepción en esas circunstancias, pudo haber planteado la acción (aún dentro de la tesis de JAPIOT, como sería el caso de la acción de repetición del pago indebido). Si no lo hizo en tiempo, su excepción prescribió, tanto como su acción.

La hipótesis contraria, de que el acto no se ejecutó, debe analizarse conforme los mismos principios.

B. El acto nulo no se ejecuta.

En este supuesto no hay apariencia de juridicidad. La situación jurídica (nulidad, ausencia de efectos jurídicos), se conforma con la situación de hecho (ausencia de efectos jurídicos).

La ausencia de la situación de hecho impide que se consolide una apariencia de juridicidad, que no se ha dado.

(23) STARCK (B.), citado por GHESTIN (J.), "Traité de droit civil. T. II. Les obligations. Le contrat", L.G.D.J., París, 1980, No. 857.

(24) Supra nota 1.

(25) "Elementos de derecho civil y penal de Costa Rica", Tomo II, Imprenta de Guillermo Molina, San José, 1876, No. 333.

(26) 14:15 hrs. 25 jul. 1940, sem. p. 668 ss.; 15:40 hr. 14 de mayo 1963, I sem., p. 507 ss. Son citadas por PEREZ, supra nota 3.

(27) PONSARD y BLONDEL, supra nota 11, No. 92.

La jurisprudencia francesa (28) hace aplicación de un principio de derecho romano (que se aplicaba específicamente a la excepción de dolo) para proclamar la perpetuidad de la excepción de nulidad: "*quee temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*". Tal principio ha sido criticado por cierta parte de la doctrina, como difícil de sostener lógicamente (29). Sin embargo, consideramos que puede explicarse válidamente con lo que aquí hemos expuesto.

Esa actitud de la jurisprudencia francesa fue consignada en el tratado de AUBRY y RAU (30) y recogida en el texto del artículo 843 de nuestro Código Civil: "La nulidad, ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción". En la sentencia de la Corte de casación de las 2 y 5 de la tarde del 2 de diciembre de 1913 (31), contrariamente a lo que hizo esa misma Corte en 1940 y en 1963 (32), se tomó en consideración ese estado de cosas, que se refirió en una redacción que es modelo de precisión y claridad:

"14o. Que la nulidad absoluta o relativa de los actos o contratos puede oponerse como excepción en todo tiempo; que no otra cosa quiere decir la voz siempre, usada en el artículo 843 del Código Civil; y se comprende que en previsión de que el deudor no se haya visto en la necesidad de demandar la nulidad de la

obligación, la ley permita expresamente que se defienda con la excepción de nulidad, de la demanda que contra él se entable en cumplimiento de la obligación que se considera nula, puesto que si es posible entablar la acción contra el deudor, no sería justo privar a éste del derecho de defensa trayendo al debate la cuestión de nulidad, para que sea decidida.

"15o. Que, por consiguiente, debe interpretarse la disposición final del artículo 837, ibídem, de modo que no choque contra el texto claro del artículo 843, y es preciso entender que se refiere a la declaratoria de nulidad que de no estar subsanada por el transcurso del tiempo de la prescripción ordinaria, pudiera hacerse de oficio, y al caso en que es el deudor quien demanda la nulidad de la obligación por tener interés actual en que se declare".

A manera de conclusión.

En derecho costarricense la acción de nulidad absoluta prescribe en un plazo de diez años, siempre que el acto nulo se haya ejecutado. La acción es perpetua cuando el acto no se ha ejecutado o cuando esa ejecución constituye un atentado al interés público, a la moral o a las buenas costumbres.

La excepción de nulidad absoluta es perpetua, siempre que el acto nulo no se haya ejecutado. Si tal cosa ha sucedido, la excepción prescribe igual que la acción.

* * *

(28) Reportada por CAPITANT (H.), WEILL (A.) y TERRE (Fr.), "*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*", 7a. ed., Dalloz, París, 1976, No. 85, p. 304 ss.

(29) MAZEAUD y CHABAS, *supra* nota 5, No. 326.

(30) *Supra* nota 21.

(31) II sem., p. 621 ss.

(32) *Supra* nota 26.