

Jaime David ABANTO TORRES<sup>(\*)</sup>

## Apuntes sobre la nulidad de oficio en la reforma al Código Civil de 1984

### Cuando el reformador desconfía del juez

**SUMARIO:**

1. Introducción. 2. Alcances de la norma. 2.1. ¿Cuándo estamos frente a una nulidad manifiesta? 2.2. Los límites de la declaración de nulidad de oficio por el juez. 3. Críticas a la reforma.

**RESUMEN:**

*En el presente artículo el autor elabora una crítica a la modificación introducida en el anteproyecto de reforma del Código Civil a la declaración de oficio de la nulidad. Así, indica el anteproyecto, que el juez no puede declarar de oficio la nulidad cuando no forma parte de las cuestiones demandadas y controvertidas en el proceso; sin embargo, sí podrá advertir de ello a las partes y al Ministerio Público para que, si lo desean, inicien un proceso independiente al respecto. En este sentido, nos indica que dicha medida es atentatoria no solo contra la economía procesal sino que puede permitir la existencia de fallos contradictorios respecto del mismo acto en caso se discuta su nulidad en otro proceso. Asimismo, afirma que se contribuye al incremento de la sobrecarga procesal con un nuevo proceso, provocando que el juez se “haga de la vista gorda” en un tema de orden público como lo es una nulidad manifiesta, y dicte sentencia convalidando un acto nulo, situación que resulta incoherente en nuestro sistema jurídico.*

<sup>(\*)</sup> Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Ex miembro de la Comisión Revisora de la legislación sobre conciliación extrajudicial. Ex director de la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial. Ex conciliador extrajudicial del Centro de Conciliación Runa Tupay. Ex editor de la revista digital Hechos de la Justicia y editor de la revista digital Derecho & Cambio Social.

## 1. Introducción

El artículo 220° del Código Civil prescribe:

“**Artículo 220°.-** La nulidad a que se refiere el artículo 219<sup>(1)</sup> puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

*Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.*

No puede subsanarse por la confirmación” (las cursivas son nuestras).

Dicha norma establece que la nulidad manifiesta de un acto jurídico puede ser declarada de oficio por el juez. La norma bajo comentario, por cierto, no es una creación novedosa del legislador del Código Civil de 1984, pues tiene sus antecedentes legislativos en el derogado Código Civil de 1936, que literalmente señalaba:

“**Artículo 1124°.-** La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público, siempre que le cupiera intervenir. Puede ser declarada de oficio por el juez, cuando resulte manifiesta”.

## 2. Alcances de la norma

### 2.1. ¿Cuándo estamos frente a una nulidad manifiesta?

Según Lohmann, la nulidad manifiesta “puede ser aquello ostensible, patente, que se expresa, muestra, expone, evidencia y revela por y en el acto mismo y que, por tanto, no requiere de prueba extrínseca de su demostración (caso típico, la falta de formalidad legal)”<sup>(2)</sup>.

Dicho autor considera que la nulidad no está de manifiesto y requiere de prueba extrínseca en las siguientes hipótesis<sup>(3)</sup>:

- a. La de simulación, pues se supone la autenticidad del acto.
- b. La de objeto indeterminado pero cuya determinabilidad no consta del acto, pues se supone la determinabilidad del objeto, no que las partes han querido lo impreciso.
- c. La de objeto cuya imposibilidad física sea relativa o singularmente subjetiva, pero no objetiva y absoluta, pues se supone la posibilidad del objeto, no que las partes han querido lo imposible.
- d. Y la de finalidad ilícita que no conste del propio acto y que requiera ser comprobada,

(1) **Código Civil**

“**Artículo 219°.-** El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358°.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

(2) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”, en *Ius et Veritas*, N° 24, Lima, 1992, p. 59.

(3) *Ibidem*, p. 60.

pues se suponen la rectitud como la licitud (como la buena fe), no una finalidad del acto que el ordenamiento repudie.

## 2.2. *Los límites de la declaración de nulidad de oficio por el juez*

Lohmann señala que “la nulidad del acto jurídico es una excepción al principio de congruencia entre el petitorio y el fallo”<sup>(4)</sup>.

Luego de resaltar que la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes y que es de orden público<sup>(5)</sup>, el mismo autor agrega que: “En casos excepcionales el juez (de primera instancia [...]) puede considerar de oficio la existencia de invalidez y aplicar la sanción de nulidad absoluta, porque aunque no le haya sido rogado por las partes como conflicto de intereses o como incertidumbre jurídica, no debe permitir la subsistencia del referido acto que notoriamente agravia bases elementales del sistema jurídico a las que el juez no puede sustraerse, ni podrá expedir sentencia ordenando la ejecución o cumplimiento de un acto jurídico que considere nulo”<sup>(6)</sup>.

Así, Lohmann<sup>(7)</sup> concluye que aunque la nulidad no hubiera sido objeto de petitorio en la demanda o reconvencción, puede ser declarada de oficio por el juez, en sentencia, solamente si concurren los siguientes requisitos:

- a. Que el juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiese sido demandada. Vale decir que por razón de la materia y del grado de jerarquía, tendría que ser un juez especializado en lo civil o mixto. No podría ser ningún juez de paz letrado ni un juez de paz.
- b. Que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto.
- c. Que el acto esté directa e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos.
- d. Que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si este involucra a terceros, que hayan sido debidamente emplazados.
- e. Que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común, vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o cuando corresponda se procederá conforme al artículo 96° del Código Procesal Civil<sup>(8)</sup>.

Jiménez Vargas-Machuca<sup>(9)</sup> precisa que esta importante facultad conferida a los jueces

(4) *Ibidem*, p. 58.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Loc. cit.*

(7) *Ibidem*, p. 63.

(8) **Código Procesal Civil**

“**Artículo 96°.**- Si al momento de la integración ya se ha realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el juez fijará el día y la hora para una audiencia complementaria de pruebas que debe realizarse dentro de un plazo que no excederá de veinte días”.

(9) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “La declaración de nulidad del acto jurídico de oficio por el juez. Artículo 220° del Código Civil”, en *Jurídica*, (suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*), Año 3, N° 100, p. 10.

para la restitución del equilibrio está sujeta a ciertos parámetros o límites, fundamentalmente constitucionales. Así, como quiera que se ejercita en un proceso judicial debe respetarse el derecho al debido proceso, de defensa, a la doble instancia. A modo de ejemplo, señala que si el juez de segunda instancia advirtiese la nulidad manifiesta, debería declarar la nulidad de la sentencia apelada e indicar al juez inferior que se pronuncie acerca de la nulidad del acto, o si el juez lo advirtiese en la etapa del saneamiento procesal, debería informar de ello a las partes y reorientar el proceso.

Nosotros consideramos que si bien el tema podría ser materia de fijación de los puntos controvertidos, en caso que la nulidad se pudiese de manifiesto en la etapa probatoria, como propone Lohmann, el juez debería conceder un plazo común a las partes para que aleguen lo que convenga a su derecho.

### 3. Críticas a la reforma

No obstante la evidente utilidad –y necesidad– de la figura, entre las novedades de las propuestas de reforma al Libro de Acto Jurídico del Código Civil<sup>(10)</sup>, se ha presentado la supresión de dicha facultad. Nos llama la atención que el propio Lohmann haya hecho suya dicha posición, luego del interesante desarrollo del tema que hemos citado líneas arriba.

De acuerdo con la referida propuesta, el nuevo texto reformado del artículo 220° del Código Civil sería el siguiente:

**“Artículo 220°.-**

1. La nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada solo por quienes tengan interés directo

o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1, 2 y 6 del artículo 219° la nulidad no podrá ser alegada por las partes, que encontrándose en aptitud de conocer el vicio, hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí la acción de nulidad.

2. *Si el juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el juez puede declarar la nulidad de oficio.*
3. La nulidad no puede subsanarse por la confirmación” (el resaltado es nuestro).

Sobre el particular, la Exposición de Motivos del Anteproyecto dice lacónicamente:

“El numeral 2 introduce un cambio importante. El juez no puede declarar de oficio la nulidad, esto es, cuando no forma parte de las cuestiones demandadas y controvertidas en el proceso. El juez, sin embargo, pondrá su apreciación en conocimiento de las partes y del Ministerio Público para que, si lo desean, esa cuestión sea materia de otro proceso”.

En primer lugar, la solución es atentatoria de la economía procesal. Una vez advertida la nulidad manifiesta por el juez, este

<sup>(10)</sup> Puede consultarse el Proyecto de Reformas al Libro II Acto Jurídico en [www.minjus.gob.pe/Informacion/Actualidad/Anteproyectos/rm043-2006-jus.htm](http://www.minjus.gob.pe/Informacion/Actualidad/Anteproyectos/rm043-2006-jus.htm), (consultado el 27 de julio de 2006).

pondrá el hecho en conocimiento de las partes y del Ministerio Público.

Si existiera un proceso de nulidad de acto jurídico en trámite en el que se discute el tema, no hay problema. De no ser procedente la acumulación, el juez deberá estar sujeto a lo que se resuelva en el otro proceso a fin de evitar fallos contradictorios. Imaginemos que un juez ordene al demandado cumplir con la prestación a su cargo en el contrato y que el otro declare que ese mismo acto jurídico (contrato) es nulo. Este tipo de situaciones no propicia el proyecto.

Si no existe proceso alguno en trámite, se da pie a que las partes o el Ministerio Público –es preciso mencionar que en cuatro años de ejercicio de la judicatura, no se ha presentado una sola demanda de nulidad de acto jurídico ante el juzgado a mi cargo– inicien un nuevo proceso conexo que debiera acumularse al que se sigue ante el juez, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

En segundo lugar, si se pretende el cumplimiento de una obligación pactada en un contrato, y el demandado se encuentra rebelde o habiendo contestado la demanda no advierte que el contrato es nulo, el legislador que usualmente es un crítico encarnizado de la lentitud judicial, no solo está contribuyendo a incrementar la sobrecarga procesal con un nuevo proceso innecesario, sino que está difiriendo la decisión del proceso, pues la acumulación es inevitable. Por ello, consideramos que el traslado a las partes y al Ministerio Público, a la postre, atenta también contra el derecho de los justiciables a que su conflicto sea resuelto en un plazo razonable.

En tercer lugar, sin querer, se está incentivando a que el juez se “haga de la vista gorda” en un tema de orden público como lo es una nulidad manifiesta, y dicte sentencia *convali-*

*dando* un acto nulo, situación que resulta incoherente en nuestro sistema jurídico. Si la nulidad del acto jurídico es un tema que interesa al orden público, no nos explicamos cómo va a dejarse el tema en manos de las partes como si se tratara de un derecho disponible.

Lamentablemente, como en muchos otros temas, el Poder Judicial no tiene una posición uniforme al respecto, pues las ejecutorias supremas no han hecho mayor desarrollo de la institución, ya que usualmente realizan una interpretación literal de la norma, repitiendo lo que dice el texto de la norma comentada, o se limitan a una remisión a la exégesis de la misma. Verbigracia, Lohmann<sup>(11)</sup> cita solo cuatro casos:

- a. La Casación N° 3737-97, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de marzo de 2000. De los hechos referidos se advierte una nulidad manifiesta y se señala que *la declaración de nulidad de oficio no vulnera el derecho al debido proceso* invocado en el fundamento del recurso de casación.
- b. La Casación N° 1843-98, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2000, que se refiere a un caso de clara falta de formalidad, y se establece la *procedencia de la nulidad de oficio cuando sea manifiesta*.
- c. La Casación N° 2081-98, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 1999, que resolvía un caso de falta de formalidad del acto y su declaración de nulidad de oficio.
- d. La Casación N° 1864-00, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2001, que permite la *declaración de oficio de la nulidad manifiesta, aunque no haya sido alegada*.

(11) LOHMANN LUCA DE TENA, “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”, cit., p. 56.

Posiblemente algunas resoluciones des-  
acertadas de las instancias inferiores han incen-  
tivado al reformador a proscribir la declaración  
de oficio de la nulidad manifiesta por parte de  
los jueces. Nosotros consideramos que pueden  
tratarse de casos aislados que deben difundir-  
se, para salvaguardar la seguridad jurídica, mas  
no cercenar las facultades del juez sin motivos  
razonables y con perjuicio de los justiciables.  
Es evidente que detrás de la reforma está la  
desconfianza en la idoneidad de jueces.

Pero si de idoneidad se trata, no perda-  
mos de vista que el problema lo origina el pro-  
pio legislador. Amén de la insuficiente regu-

lación, que prácticamente reproduce lo dicho  
por el legislador de 1936, el Código Civil de  
1984, a veintidós años de vigencia, carece de  
una Exposición de Motivos Oficial publicada  
en su integridad. Ni siquiera de la totalidad  
del Libro de Acto Jurídico.

Esperemos que dicha propuesta de re-  
forma no sea aprobada. Ello, evidentemente  
sin perjuicio de que los autores nacionales  
cumplan con su deber de hacer una mejor  
difusión de los alcances del instituto y los  
jueces de todas las instancias tratemos de  
hacer un desarrollo jurisprudencial, acorde  
con el debido proceso. **JuS**