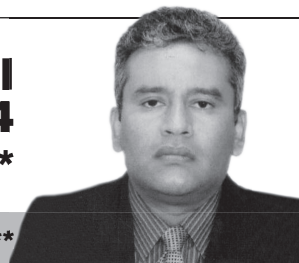


La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984 Estado de la cuestión a 76 años de su vigencia*

Jaime David **ABANTO TORRES****



SUMARIO

Introducción. I. Alcances de la norma. II. Críticas a la reforma del artículo 220 propuesta por la comisión de reforma del Código Civil. III. Los plenos jurisdiccionales. IV. La nulidad de oficio en los procesos penales. V. La nulidad de oficio en la jurisprudencia. A modo de conclusión.

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 220 y 221.
- **Código Procesal Civil:** arts. 95, 96, 242 y 243.

INTRODUCCIÓN

El artículo 220 del Código Civil prescribe:

“Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219¹ 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”.

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:

“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”.

El autor se encuentra de acuerdo con que el juez pueda declarar de oficio la nulidad de un acto jurídico en caso de que sea manifiesta. Por ello, discrepa de quienes pretenden lo contrario, pues la nulidad es una cuestión que interesa al orden público y no un derecho disponible de las partes. El juez tendría entonces que convalidar un acto nulo, además, ello conllevaría una sobrecarga procesal en contra de la economía procesal y de la tan ansiada celeridad en la solución de las controversias. Añade el autor el análisis de los lineamientos jurisprudenciales existentes al respecto.

TEMA RELEVANTE

El Código Civil de 1852 no contenía ninguna norma similar.

Lama More² considera que ello sucedió porque dicho Código no reguló el acto jurídico, pero según él, el tema estuvo regulado implícitamente en los artículos 2278 y 2279 que prescribían:

* El presente trabajo es una reformulación de otro anterior denominado “Apuntes sobre la nulidad de oficio en la reforma al Código Civil de 1984: Cuando el reformador desconfía del juez”, publicado en la revista digital *Derecho y Cambio Social* <<http://www.derechocambiosocial.com/revista008/nulidad%20de%20oficio.htm>>, en 2006 y en *Jus Doctrina & Práctica*. N° 7, Grijley, Lima, diciembre de 2007.

** Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

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 LAMA MORE, Héctor. “Nulidad de oficio de negocio jurídico”. En: <http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=242>.

“Artículo 2278.- Los contratos prohibidos por la ley, sea por su materia o por su forma, y en general todos aquellos en que la nulidad aparece del mismo acto, se reputan no hechos, y no producen efecto alguno”.

“Artículo 2279.- También se reputan no hechos, y no producen efecto, los contratos celebrados por locos, por fatuos o por pródigos declarados”.

Nosotros discrepamos con Lama More, pues si bien es cierto que dichas normas contienen supuestos de nulidad manifiesta, no se advierte que la misma pueda ser declarada de oficio por el juez.

Lo cierto es que desde la vigencia del Código Civil de 1936, los jueces pueden declarar de oficio la nulidad manifiesta de los actos jurídicos.

Morales Hervías considera que la expresión “la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez” debe interpretarse como “la nulidad puede ser estimada de oficio por el juez”³ pues en realidad el juez no la declara sino que constata su presencia.

I. ALCANCES DE LA NORMA

1. Cuando estamos frente a una nulidad absoluta

La declaración de nulidad procede cuando nos encontremos frente a una causal de nulidad absoluta, “—también conocida como nulidad radical o de pleno derecho—, lo que constituye una exigencia explícita, referida a que el defecto del acto debe ser estructural e insalvable, esto es, que tal defecto sea gravísimo e insubsanable en la estructura del acto jurídico; tan importante y relevante que resulta imposible su subsanación a pesar de que el sistema en general se esfuerza por conservar la eficacia y validez de los actos jurídicos. Por ello se dice que las causales de nulidad absoluta del acto jurídico son de orden público”⁴.

No procederá cuando nos encontremos ante un caso de anulabilidad o nulidad relativa, conforme al artículo 221 del Código Civil⁵.

2. Cuando 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)”⁶.

Dicho autor considera que la nulidad no está de manifiesto y requiere de prueba extrínseca en las siguientes hipótesis⁷:

- (i) La de simulación, pues se supone la autenticidad del acto.
- (ii) 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.
- (iii) 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.
- (iv) Y la de finalidad ilícita que no conste del propio acto y que requiera ser comprobada, pues se suponen la rectitud como la licitud (como la buena fe) no un propósito del acto que el ordenamiento repudie.

3. Los límites de la declaración de nulidad de oficio por el juez

Jiménez Vargas-Machuca⁸ precisa que esta importante facultad conferida a los jueces para la restitución del equilibrio está sujeta a ciertos parámetros o límites, fundamentalmente constitucionales. Así, comoquiera que se ejercita en un proceso judicial debe respetarse el derecho al debido proceso, de defensa, a la doble instancia, así como el principio de congruencia.

Lohmann señala que “la nulidad del acto jurídico es una excepción al principio de congruencia entre el petitorio y el fallo”⁹.

Luego de resaltar que la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes y que es de orden público¹⁰, 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

3 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil”. En: <<http://moraleshervias.blogspot.com/2007/07/las-imperfecciones-normativas-de-la.html>>.

4 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el juez”. En: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/nulidad%20de%20oficio.htm>>.

5 Código Civil.- Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

1.- Por incapacidad relativa del agente.

2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

4.- Cuando la ley lo declara anulable.

6 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”. En: *Ius Et Veritas*. N° 24, 1992, p. 59.

7 *Ibidem*, p. 60.

8 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Ob. cit.

9 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.

10 *Idem*.

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”¹¹.

Así, Lohmann¹² concluye que aunque la nulidad no hubiese 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:

- (i) 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, tendría que ser un Juez Especializado en lo Civil o Mixto. No podría ser ningún Juez de Paz Letrado ni ningún Juez de Paz.
- (ii) Que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto.
- (iii) 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.
- (iv) Que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si este involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados.
- (v) 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 Civil¹³.

No estamos de acuerdo con el primer requisito, pues nada impide que la nulidad manifiesta se advierta en un proceso tramitado en primera instancia ante un Juez de Paz Letrado, o en grado de apelación ante una Sala Civil o Mixta superior.

Jiménez Vargas-Machuca 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 nulidad¹⁴.

Convenimos en que un Juez de Paz no podría hacer uso de la facultad prevista en el artículo 220 del Código Civil, pues este es un juez lego en Derecho.

Con relación al segundo requisito, es evidente de que si la nulidad no es manifiesta sino que requiere de la actuación de medios probatorios y de un debate contradictorio

en un debido proceso, no será procedente la aplicación de la norma en comento.

Con respecto al tercer requisito, es evidente que la declaración de nulidad de oficio por el juez debe ser indispensable para la resolución del caso. Si el sentido de la decisión será el mismo sin recurrir al uso de tal potestad, o si la declaración de nulidad es inoficiosa por no guardar relación con la controversia, el juez no podrá hacer uso de tal potestad.

En cuanto al cuarto requisito, consideramos que la incorporación de un tercero que haya celebrado el acto es indispensable. En este caso consideramos que los terceros resultan ser litisconsortes necesarios pasivos, de conformidad con el artículo 95 del Código Procesal Civil.

Si la nulidad manifiesta se advierte en la etapa postulatoria o del saneamiento procesal, nosotros consideramos el tema podría ser materia de la fijación de los puntos controvertidos. En caso que la nulidad se pusiese de manifiesto con posterioridad a dicha etapa, por ejemplo en la etapa probatoria, no vemos inconveniente alguno para que el juez pueda integrar la resolución que fijó los puntos controvertidos agregando dicho punto y como propone Lohmann, el juez debería conceder un plazo común a las partes para que aleguen lo que convenga a su derecho y ofrezcan los medios probatorios que consideren convenientes.

II. CRÍTICAS A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 220 PROPUESTA POR LA COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

No obstante la evidente utilidad –y necesidad– de la figura, entre las novedades de la reforma al Libro de Acto Jurídico del Código Civil¹⁵, se ha propuesto la supresión de dicha facultad¹⁶.

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 a la referida propuesta, el nuevo texto reformado del artículo 220 del Código Civil sería el siguiente:

“Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio

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

11 Ídem.

12 Ibídem, p. 63.

13 **Código Procesal Civil. Artículo 96.- Audiencia complementaria.** - 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.

14 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Ob. cit.

15 Puede consultarse el “Proyecto de Reformas al Libro II Acto Jurídico”. En: <<http://www.minjus.gob.pe/Informacion/Actualidad/Anteproyectos/rm043-2006-jus.htm>>.

16 En contra de esta posición puede consultarse: LAMA MORE, Héctor. “Nulidad de oficio de negocio jurídico”. En: <http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=242>. JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el juez”. En: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/nulidad%20de%20oficio.htm>>. ABANTO TORRES, Jaime David. “Apuntes sobre la nulidad de oficio en la reforma al Código Civil de 1984: cuando el reformador desconfía del juez”. En: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista008/nulidad%20de%20oficio.htm>>.

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 a 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 confirmación”.

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”.

Los motivos de la reforma son sorprendentes:

“Cambio importante también ha sido el del artículo 220, sobre la declaración judicial de nulidad de oficio, asunto que ha dado lugar a no pocos abusos procesales y que ha sido materia de jurisprudencia errática y en algunos casos polémica”¹⁷.

En primer lugar, la solución atentatoria contra el principio de economía procesal. Advertida por el Juez una nulidad manifiesta pondrá este 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 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 propicia el proyecto.

Si no existe proceso alguno en trámite, se da pie a que las partes o el Ministerio Público —que, es preciso mencionar, en casi diez años de ejercicio de la Judicatura, no ha presentado una sola demanda de nulidad de acto jurídico ante el Juzgado a nuestro 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, si existe jurisprudencia errática o si existe jurisprudencia polémica, esta no ha sido difundida en las diversas publicaciones jurídicas existentes o si se han cometido abusos procesales, el problema puede ser de selección, nombramiento y capacitación de

magistrados, temas que son competencia del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Academia de la Magistratura, respectivamente.

En cuarto 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 **convalidando** 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.

Afortunadamente, dicha iniciativa legislativa no prosperó, pues la institución ha tenido algunos matices interesantes como veremos a continuación.

III. LOS PLENOS JURISDICCIONALES

El Poder Judicial ha tomado interés en el tema, en sendos plenos jurisdiccionales, aunque no con los resultados esperados.

1. El Pleno Jurisdiccional Distrital en Materias Civil, Familia, Laboral y Penal del 03 y 10 de diciembre de 2007¹⁸

La Corte Superior de Justicia de Ica trató el tema en un pleno jurisdiccional realizado el año 2007.

“La nulidad del acto jurídico es una cuestión de orden público, por lo que es necesario que el juez tenga la potestad de declararla de oficio cuando sea manifiesta, más aún considerando que la sentencia es declarativa y no constitutiva. Ello favorece la economía y celeridad procesales.”

¹⁷ Puede consultarse la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984. En: <<http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/anteproyectos/ExpmotiAntCodigoCivil84.pdf>>.

¹⁸ Puede consultarse el texto del Pleno en: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CPlen_Dist_Civil_Familia_Laboral_y_Penal%20_Ica.pdf>.

El primer tema de discusión fue si es factible declararse de oficio y en un proceso donde se discute otra materia, la nulidad manifiesta de un acto jurídico en virtud de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil.

La conclusión unánime de los magistrados asistentes fue que sí es factible declarar la nulidad de oficio en un proceso donde se discutía otra materia, debiendo utilizar dicha facultad en forma excepcional conforme al caso concreto.

Sin embargo, el hecho de que la potestad conferida a los jueces en el artículo 220 del Código Civil, es una facultad excepcional que debe aplicarse conforme al caso concreto no aportan al desarrollo del tema.

2. El Pleno Nacional Jurisdiccional Civil del 26 y 27 de marzo 2010¹⁹

La cuestión fue retomada en un Pleno Nacional que reunió a magistrados de todas las Cortes Superiores en el año 2010.

La cuestión era determinar si puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa, al existir una causal manifiesta de nulidad en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal.

Al respecto se presentaron dos ponencias:

La primera señalaba que el juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutive de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración al principio de congruencia procesal, habida cuenta de que como principio este no es absoluto, por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad conferida en el Artículo 220 del Código Civil.

La segunda proponía que el juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifiestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad en la parte resolutive. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y solo para aquellos supuestos de actos manifiestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219 inciso 8 del Código Civil.

El pleno adoptó por mayoría de 83 votos la primera ponencia, bajo los siguientes fundamentos:

“La nulidad de un acto jurídico es un instituto legal que sanciona a este por encontrarse afectado por un vicio intrínseco insubsanable al tiempo de su celebración,

siendo su finalidad la declaración de la inexistencia legal del acto realizado y, como consecuencia de ello, la inexistencia de sus efectos jurídicos.

Si bien las partes en virtud de sus actos postulatorios son las que se encargan de fijar el objetivo de la pretensión respecto del cual el juez deberá pronunciarse, sin otorgar más ni menos de lo peticionado a efectos de no vulnerar el principio de congruencia procesal; empero, el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil consagra una excepción a este principio, permitiendo al juzgador declarar la nulidad de un acto jurídico sin que haya sido materia de petición por alguna de las partes procesales.

En consecuencia, el referido enunciado normativo faculta al juzgador a declarar de oficio la nulidad siempre y cuando esta resulte manifiesta, lo que quiere decir contrario sensu, que si la nulidad no es manifiesta, el Juez no podrá hacer uso de aquella facultad”.

Los poco novedosos fundamentos nos relevan de mayores comentarios. Lamentablemente, pese a ser un espacio abierto a la discusión no se ha aprovechado la oportunidad para hacer un desarrollo de la institución.

Con el respeto que nos merecen los señores jueces superiores que participaron en los plenos jurisdiccionales citados, estos no han aportado mayores luces sobre el particular, por lo que insistimos en la necesidad de reformar su diseño.

En efecto, no es posible que en un Estado Democrático y Constitucional los plenos jurisdiccionales se realicen con la sola concurrencia de jueces superiores, dejando de lado a los jueces especializados y a los jueces de paz letrados, cuando son los magistrados de estos últimos dos grados los que conocen las causas en primera instancia y los que a la postre ejecutarán las sentencias.

Por otro lado, los plenos jurisdiccionales deben formular mejor las cuestiones y ponencias a discutir, pues de la forma en que se presentan se evita la aparición de terceras posiciones que enriquecerían el debate. Por ejemplo la cuestión se limita innecesariamente al contrato de compraventa, cuando debió analizarse los actos jurídicos en general.

Finalmente, consideramos que los materiales de trabajo deben repartirse con anticipación a los magistrados participantes, de tal suerte que puedan documentarse antes del debate y no limitarse a realizar intervenciones improvisadas.

IV. LA NULIDAD DE OFICIO EN LOS PROCESOS PENALES

Pensando que es una potestad privativa de los jueces civiles, Del Carpio Narváez considera que la atribución

¹⁹ Puede consultarse las conclusiones del Pleno en: <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e97ba000459628779c7ade7db27bf086/DOC001.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=e97ba000459628779c7ade7db27bf086>>.

prevista por el artículo 220 del Código Civil debe serle conferida expresamente a los jueces penales mediante una reforma legislativa²⁰.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que los jueces penales pueden declarar la nulidad de oficio de los actos posteriores a la condena.

“8. En la medida en que se trataba de atender el derecho constitucional a la ejecución de una sentencia que ha adquirido válidamente la condición de firme, este Tribunal considera que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que mediante la resolución impugnada dispuso la nulidad de los actos posteriores a la condena, ha ejercido válidamente sus potestades de preservar la intangibilidad de lo decidido en la sentencia penal, pero, además, tal decisión resulta oportuna y eficaz para el fin perseguido, en la medida en que derivar la declaración de nulidad a un juez competente, vista la reticencia de los condenados, hubiera supuesto un mayor perjuicio para los agraviados con el delito, sobre todo si en el expediente penal se han reunido todos los supuestos y documentos para que dicha declaración proceda de oficio, conforme lo prevé, además, el artículo 220 del Código Civil, según el cual la nulidad declarada por ley (artículo 219.7) (...) Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”²¹.

El Tribunal Constitucional considera que el juez penal tiene todos los elementos de juicio para declarar la nulidad de los actos jurídicos conexos con el delito a fin de preservar la ejecución de su sentencia, evitando que el agraviado por el delito tenga que recurrir a la vía civil para que el juez civil declare la nulidad del acto jurídico.

Consideramos que dada la naturaleza del proceso penal, la resolución que declare de oficio la nulidad del acto jurídico debe estar debidamente motivada, debiendo garantizarse en todo caso un contradictorio sobre el particular y el derecho a recurrir de la parte afectada con la decisión. De hecho, el procesado invocará en su favor la validez del acto jurídico y el Ministerio Público y la parte agraviada la cuestionarán.

V. LA NULIDAD DE OFICIO EN LA JURISPRUDENCIA

A diferencia de los plenos jurisdiccionales, la Corte Suprema ha ido fijando algunas pautas interesantes.

1. Procedencia en los casos de nulidad manifiesta

1.1. Casación N° 1843-98, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2000²².

Se refiere a un caso de clara falta de formalidad, y se establece la **procedencia de la nulidad de oficio cuando sea manifiesta**.

1.2. Casación N° 2081-98, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 1999²³.

Resolvió un caso de falta de formalidad del acto y su declaración de nulidad de oficio.

1.3. Casación N° 1864-00, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2001²⁴.

Permite la **declaración de oficio de la nulidad manifiesta, aunque no haya sido alegada**.

1.4. Casación N° 2081-98-Lima, de fecha 19 de julio de 1999²⁵.

En un proceso de nulidad de acto jurídico, el recurrente alegó que el punto controvertido era determinar el mejor derecho de propiedad sobre el bien materia de litis debido a la compra de mala fe y posterior inscripción en los Registros Públicos por parte del demandado, pese a que este tenía conocimiento del derecho de propiedad de los demandantes; pero que sin embargo, la Sala ha resuelto que el título de los demandantes adolece de un requisito formal para su validez, lo cual no fue punto demandado, transgrediendo de ese modo el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema consideró que los Jueces están facultados a declarar de oficio la nulidad de un acto de donación que no reúna estas requisitos formales establecidos en el artículo 1625 del Código Civil, y que cuando los jueces declaran de oficio la nulidad manifiesta de un acto jurídico que conocen con el objeto de resolver una controversia, aplicando las causales a que se refiere el artículo 219 del Código Civil, no contravienen lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

1.5. Casación N° 2293-2001-Lima, de fecha 1 de octubre de 2002²⁶.

En un proceso de obligación de dar suma de dinero, el impugnante al sustentar su recurso denuncia la contravención de normas que garantizan el derecho a un

20 DEL CARPIO NARVÁEZ, Luis Alberto. “La declaratoria de nulidad del acto jurídico por el juez penal”. En: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=490>>.

21 En: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02494-2005-AA.html>>.

22 LOHMANN LUCA DE TENA. Ob. cit., p. 56.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Texto proporcionado por los editores.

26 Ídem.

debido proceso, arguyendo que respecto a la acción interpuesta por su parte, la nulidad del contrato no ha sido invocada como sustento de la contestación del demandado ni fijada como punto controvertido, por lo que la Sala debió tener presente la declaración contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por cuanto los jueces solo están facultados a declarar de oficio la nulidad del acto jurídico cuando ella resulte manifiesta, no siendo el caso de autos en que se ha recurrido a siete considerandos para llegar incluso a una conclusión errónea.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema consideró que analizada la sentencia de vista, resulta manifiesta la nulidad del contrato de comisión y del carácter del comisionista, corredor o mediador que el recurrente en relación con las mutuales y frente al Banco por tener un fin ilícito que anula el acto jurídico, conforme al inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, al depositar dinero de un tercero, gestionar un certificado con pleno valor legal al ser autorizado por la Superintendencia de Banca y Seguros y luego recibir de modo oscuro y encubierto una comisión por esta acción, infringiendo lo establecido en la Circular N° 005-86-EF/90 del Banco Central de Reserva de fecha 13 de febrero de 1986 que prohíbe toda retribución sobre depósitos de dinero y de retribución a terceros por concepto de captación de servicios de depósitos.

La Corte Suprema consideró que en el caso de autos el acto jurídico adolecía de la causal de nulidad de fin ilícito, y que dicha causal era manifiesta.

Hasta aquí, hubiese sido interesante que la Corte Suprema emitiera un pronunciamiento expreso sobre la necesidad de que la nulidad sea alegada por alguna de las partes o fijada como punto controvertido por el Juez, tema que se empieza analizar en el siguiente grupo de ejecutorias supremas.

2. Al ejercer la facultad conferida en el artículo 220 del Código Civil los jueces deben respetar el debido proceso y el derecho de defensa

2.1. 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 casación²⁷.

2.2. Casación N° 1324-05-Puno, de fecha 3 de abril de 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de octubre de 2006.

En un proceso de petición de herencia la Sala Civil superior confirmó la sentencia apelada en el extremo –impugnado– que falla declarando de oficio la nulidad de un acto de declaratoria de herederos, así como la invalidez de su inscripción efectuada en la partida registral correspondiente.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema consideró que la validez del acta notarial de declaración de herederos fue cuestionada por la demandante al interponer su demanda, aunque esta no haya solicitado expresamente se declare su nulidad en el petitorio, más aún si el examen de la vocación hereditaria de la demandada fue fijado como primer punto controvertido del proceso, por lo que los Magistrados, circunscribiéndose a los hechos alegados por las partes y aplicando el derecho que corresponde al proceso, aunque las partes no lo hayan invocado expresamente, estimó viable proceder en concordancia con las facultades de oficio que le concede la ley material, específicamente el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, razón por la cual no existe transgresión de lo normado en el artículo VII del

Título Preliminar del Código Civil.

Sin embargo, la Corte Suprema consideró que no obstante que sí resulta factible –aunque no se haya demandado expresamente– declarar de oficio la nulidad de un acto jurídico, sin embargo para el caso concreto ello no resultaba viable, toda vez que al girar el análisis de los Juzgadores en torno a la validez de un acta notarial, era indispensable contar con los elementos de juicio necesarios para establecer la configuración de la causal de nulidad que se ampara, como es el tener a la vista el expediente notarial, así como integrar a la relación procesal al Notario Público que tuvo a su cargo el trámite del proceso no contencioso de sucesión intestada, a fin de evitar su indefensión, presupuestos que no se han configurado en autos, toda vez que la declaratoria de nulidad del acta notarial acogida de oficio por las instancias de mérito únicamente se sustenta en la declaración de parte de la demandada, dicho con el cual no es posible concluir que el acto jurídico cuestionado sea contrario a ley o que transgrede el orden público o las buenas costumbres, con lo cual se concluye que, en efecto, se han aplicado indebidamente las normas materiales denunciadas, deviniendo por tanto en nulo el extremo de la sentencia apelada, y su confirmatoria, que declara de oficio la nulidad de la acotada acta notarial, dejando a salvo el derecho para que los interesados puedan obtener en vía de acción, a través de un proceso judicial, la declaración de nulidad del acto jurídico dubitado.

Resulta absurdo que un acto manifiestamente nulo surta efectos jurídicos y más aún en un proceso judicial. Se estaría incentivando a que el juez convalide un acto nulo. Si la nulidad es un tema de orden público, ¿cómo va a dejarse el tema en manos de las partes?

27 LOHMANN LUCA DE TENA. Ob. cit., p. 56.

Hubiese sido interesante que la Corte Suprema dijera expresamente que en el caso de autos no nos encontráramos ante un caso de nulidad manifiesta, puesto que era necesario tener a la vista el expediente notarial (sic).

Sin embargo, la Corte Suprema yerra al considerar que el notario tendría legitimidad para obrar pasiva en el proceso de nulidad a interponerse para obtener la declaración de nulidad de dicho instrumento notarial, puesto que la función notarial se limita al trámite del procedimiento no contencioso. Bajo esa línea de pensamiento los notarios deberían intervenir en todos los procesos de nulidad de acto jurídico en los cuales se haya formalizado la voluntad de las partes mediante un instrumento público notarial, lo que no resiste el menor análisis.

2.3. Casación N° 554-04-Cusco, de fecha 7 de junio de 2005, publicada el 30 de setiembre de 2005

En un proceso de nulidad de acto jurídico la Sala Civil Superior integró la sentencia apelada declarando de oficio la nulidad parcial de un acto de transferencia de inmueble.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema consideró que si bien es cierto el artículo 220 del Código Civil, faculta al Juez a declarar de oficio la nulidad de un acto jurídico cuando esta resulte manifiesta, sin embargo, dicha potestad debe ejercerla respetando el debido proceso y, particularmente, el derecho de defensa de las partes, por ser tal un mandato imperativo regulado en el artículo 50 inciso 2, concordado con el artículo 51 inciso 2 del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema advirtió que el acto jurídico cuya nulidad ha sido declarada de oficio data de hace más de 19 años y que una sentencia razonablemente justa no debe omitir tal particularidad, así como tampoco el hecho de que a la parte afectada con dicha nulidad no se le ha permitido alegar ni probar sus argumentos de defensa frente a tal nulidad declarada que, además, se sustenta en el artículo 219 inciso 8 del Código Civil, no obstante que ninguna de las partes ha alegado o, siquiera, dejado entretener que el contenido del acto jurídico cuestionado por los jueces sea contrario a las leyes que interesan el orden público o a las buenas costumbres; por tanto, nos encontramos ante una sentencia *extra petita* que no tiene su correlato en lo alegado por las partes y que, además vulnera el derecho de defensa.

Si bien consideramos un exceso pretender que alguna de las partes alegue la nulidad del acto jurídico, pues la potestad prevista en el artículo 220 del Código Civil se ejercita de oficio, en este caso la Corte Suprema actuó correctamente, pues se había declarado la nulidad parcial de oficio de un acto jurídico, sin que intervinieran en el proceso todas las partes que lo celebraron.

Hubiese sido interesante que la Corte Suprema estableciera si el Juez puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 220 del Código Civil cuando la pretensión de nulidad se encuentra prescrita.

3. La declaración de nulidad de oficio del acto jurídico manifiestamente nulo en los procesos de desalojo por posesión precaria

La Corte Suprema ha tenido posiciones disímiles en los procesos de desalojo por ocupación precaria²⁸.

3.1. Casación N° 2009-2002-Juliaca-Puno de fecha 06 de julio de 2004, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de enero de 2005.

En un proceso de desalojo por ocupación precaria, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema señaló que:

“(…) el contrato notarial de anticresis, no se encuentra formalizado por escritura pública, de conformidad con lo que establece el artículo 1005 del CC de 1936, corroborado con el artículo 1092 del CC actual, resultando por tanto nulo por carecer del requisito de forma a que se refiere el inciso tercero del artículo 1123 del CC de 1936, referido a que el acto jurídico es nulo, cuando no reviste la forma prescrita en la ley”.

Concluyendo que:

“siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del CC, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció”.

Jiménez Vargas-Machuca²⁹ señala que a la Corte Suprema, sin advertirlo por cuanto no lo menciona, hizo uso del artículo 220 del Código Civil al evaluar el acto jurídico consistente en el contrato de anticresis, percatándose de su nulidad absoluta y manifiesta por falta de la formalidad solemne establecida por ley, y declarándolo nulo de oficio, solucionando eficaz y oportunamente la controversia, pues de lo contrario el demandante habría tenido que iniciar un proceso de nulidad de acto jurídico y, una vez finalizado, volver a la vía del desalojo, o quizá recurrir a la acción reivindicatoria, o transitar por esta acumulando la pretensión de nulidad de acto jurídico, etc. y todo ello para, finalmente, llegar al mismo resultado (la entrega de la posesión al titular). Concluyendo que los largos tránsitos judiciales solo se justifican cuando la causa a debatirse es realmente controvertida, compleja y delicada y que los casos simples, en particular, no deben ser objeto de estériles entrapamientos conceptuales, que desnaturalizan la finalidad del proceso.

28 Código Civil. Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

29 JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Ob. cit.

3.2. Casación N° 1801-2000-Moquegua, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de marzo de 2001³⁰.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en un proceso de desalojo por ocupación precaria estableció que el contrato privado de anticresis presentado por el demandado constituye título posesorio, aunque ilegítimo, lo que apartaría al demandado de la figura del precario (poseedor sin título), otorgando eficacia probatoria a un acto jurídico manifiestamente inválido, nulo de pleno derecho e inexistente jurídicamente.

3.3. Casación N° 1074-2004-La Libertad de fecha 24 de mayo de 2006, publicada el 4 de diciembre de 2006³¹.

La Corte Suprema considera que un poseedor bajo contrato privado de anticresis no es precario, pues cuenta con un título vigente que justifica su posesión, aun cuando el artículo 1092 del Código Civil establece que la anticresis debe constar en escritura pública bajo sanción de nulidad. Gonzales Barrón considera que esta decisión “es un canto al formalismo extremo por encima de la sustancia, ya que un título jurídicamente inexistente se le valida como documento, o casi como papel, porque simple y sencillamente ‘no se ha declarado su nulidad’; cosa que por lo demás los jueces pueden hacer de oficio a tenor del artículo 220 del Código Civil. (...) En este caso el poseedor basado en un inexistente contrato de anticresis, sin embargo, no es reputado como precario. (...) En realidad, la entrega que se hace de un bien en virtud de un título absolutamente nulo constituye una hipótesis típica de precariedad, ya que el poseedor entró en ocupación por voluntad del domino, si bien por un título social de gracia o liberalidad, y no jurídico por virtud de la invalidez negocial, que obliga a la restitución. Así lo reconoce la doctrina más autorizada, la cual considera precario a ‘cualquier poseedor derivado y sin derecho actual a poseer, porque nunca lo tuvo, o es prima facie ineficaz, o dependía de la simple tolerancia del poseedor real, o caduco’”.

3.4. Casación N° 1682-06-Lambayeque de fecha 22 de noviembre de 2006³².

El demandante recurrente alegó de que la Sala Civil Superior debió declarar de oficio la nulidad de la Cláusula

Sétima de la escritura pública de Constitución de una Asociación Civil, pues solo se trata de una declaración unilateral que de ninguna manera constituye título que acredite la propiedad de la demandada.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema consideró que tratándose de un documento público, aun cuando se afirme que este es un acto unilateral, por haber transferido los demandados un inmueble que no les pertenecía, a una institución creada por ellos, dicho documento mantiene su validez mientras no se declare judicialmente su nulidad, la misma que no puede operar de oficio, como pretende la casante, pues para ello se requiere de una vía más lata en la que se cuente con los elementos de juicio necesarios para establecer la configuración de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código Civil, concluyendo que el mejor derecho de propiedad respecto del bien o, en su caso, la validez de la segunda transferencia aludida, debe ser discutido en una vía distinta a la sumarísima, por lo que la demanda de desalojo por precario deviene en improcedente.

Llama la atención que un caso la Corte Suprema deje entrever la procedencia de la aplicación de la facultad del juez de declarar la nulidad de oficio de un contrato de donación cuando la nulidad es manifiesta, en otros dos valore un título manifiestamente nulo y en otro caso, descarte de plano la posibilidad de discutir si el acto jurídico era manifiestamente nulo en el proceso de desalojo, remitiendo la discusión a otro proceso, prolongando la duración del conflicto de intereses.

La trascendencia práctica de este tema tiene gran relevancia, pues bastaría que cualquier demandado por desalojo por ocupación precaria presente un título cualquiera, otorgado por cualquier persona incluso ajena, incluso falsificado, para que la demanda sea declarada improcedente, trasladando la discusión a un proceso de conocimiento de reivindicación o mejor derecho de propiedad, cuando en dichos casos el juez podría declarar fundada una tacha del documento³³ y además, la nulidad de oficio del título manifiestamente nulo presentado por el demandado conforme al artículo 220 del Código Civil³⁴.

30 LAMA MORE, Héctor. Ob. cit.

31 GONZALES BARRÓN, Günther. “Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario”. En: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/precario_y_sus_vaivenes.pdf>.

32 Texto proporcionado por los editores.

33 **Código Procesal Civil.- Artículo 242.- Ineficacia por falsedad de documento.**- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.

Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

Artículo 243.- Ineficacia por nulidad de documento.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

34 Según AVENDAÑO VALDEZ en la presentación de la obra “La posesión y la posesión precaria”, de LAMA MORE, Héctor. Grijley, Lima, 2006, el artículo 911 del Código Civil contiene un error de redacción pues en realidad la posesión precaria se configura en tres supuestos:

a) Cuando el poseedor ejerce la posesión sin título alguno.
b) Cuando el poseedor ejerce la posesión con un título fenecido.
c) Cuando el poseedor ejerce la posesión con un título manifiestamente nulo.

LAMA MORE considera que en los procesos de desalojo por ocupación precaria el poseedor con un título manifiestamente nulo o manifiestamente ilegítimo es un poseedor precario, por lo que el juez puede amparar la demanda luego de declarar la nulidad de oficio del acto jurídico que invoque como título en estricta aplicación del artículo 220 del Código Civil.

GONZALES BARRÓN, Günther, sin analizar los alcances del artículo 220 del Código Civil critica esta posición en su trabajo Nuevamente sobre el precario (réplica a un artículo). En: <<http://www.gunthergonzalesb.com/articulos%20juridicos%20revistas%20pdf/nuevamente%20sobre%20el%20precario%20replica%20aun%20articulo.pdf>>. Sin embargo, en otro trabajo ya citado, reconoce que los jueces pueden hacer uso de la facultad prevista en el artículo 220 del Código Civil y que conforme a la doctrina el poseedor con un título manifiestamente nulo es un poseedor precario. GONZALES BARRÓN, Günther. “Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario”. En: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/precario_y_sus_vaivenes.pdf>.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Si tenemos en cuenta que la nulidad del acto jurídico es una cuestión que interesa al orden público, es necesario que el juez tenga la potestad de declarar de oficio la nulidad del acto jurídico cuando esta sea manifiesta, más aún considerando que la sentencia es declarativa y no constitutiva, lo que favorece la economía procesal y acelera la resolución del conflicto. Resulta absurdo que un acto manifiestamente nulo surta efectos jurídicos y más aún en un proceso judicial.

Es posible que algunas resoluciones desacertadas hayan convencido al reformador para proscribir la declaración de oficio de la nulidad manifiesta por parte de los jueces. Nosotros consideramos que se trata de casos aislados que deben difundirse para salvaguardar la seguridad jurídica, mas no constituyen razón para cercenar las facultades del juez en perjuicio de los justiciables. Es evidente que detrás de la reforma está la desconfianza en la idoneidad de jueces.

No perdamos de vista que el problema lo origina el propio legislador. Amén de la insuficiente regulación, que prácticamente reproduce lo dicho por el legislador de 1936, el Código Civil de 1984, a casi veintiocho años de vigencia, carece de una Exposición de Motivos Oficial publicada en su integridad, y ni siquiera de la totalidad del Libro de Acto Jurídico que es uno de los menos extensos en su articulado.

Saludamos que la propuesta de la reforma no haya sido aprobada, pero debemos ser conscientes de que los plenos jurisdiccionales no han hecho un mayor desarrollo del instituto, lo que obliga a un rediseño de su organización.

Sin embargo, la jurisprudencia ya está comenzando a dar algunos lineamientos. En lo sustantivo, se va identificando algunos casos de nulidad manifiesta, como los de inobservancia de la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad y fin ilícito, quedando pendiente establecer la totalidad de causales de nulidad que podrían aparecer de manera manifiesta y cuáles tendrían que ser materia de probanza en un debido proceso.

En lo procesal, la Corte Suprema ha establecido que al ejercer la facultad conferida en el artículo 220 del Código Civil, los jueces deben respetar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de congruencia, cuidando que intervengan en el proceso todas las partes que pudieran ser afectadas con la declaración de nulidad del acto jurídico. Queda pendiente establecer si el Juez puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 220 del Código Civil cuando la pretensión de nulidad se encuentra prescrita.

Consideramos que debido a su complejidad y trascendencia, la aplicación de la facultad conferida en el artículo 220 del Código Civil en los procesos de desalojo por ocupación precaria debe ser zanjada en un pleno casatorio a fin de establecer un precedente judicial³⁵.

Por ello, a setenta y seis años de vigencia de la norma que nació con el Código Civil de 1936, es momento de que la doctrina nacional cumpla con hacer una mejor difusión de los alcances del instituto y los jueces de todas las instancias hagan sus mejores esfuerzos para lograr un desarrollo jurisprudencial, acorde con el debido proceso. La Academia de la Magistratura y el Centro de Investigaciones Judiciales podrían poner su granito de arena en este esfuerzo.

35 **Código Procesal Civil: "Artículo 400.- Precedente judicial.-** La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaren improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad".