

La nulidad manifiesta

Su declaración judicial de oficio

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena
Abogado. Profesor de Derecho de Sucesiones
en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Algunas decisiones relativamente recientes expedidas por la Corte Suprema a raíz de recursos de casación interpuestos por declaración judicial de oficio de nulidad manifiesta de un acto jurídico, aconsejan exponer unas breves reflexiones en torno a la posibilidad de hacerlo y a los requisitos correspondientes.

1 La aplicación jurisprudencial del artículo 220 del Código Civil sobre nulidad manifiesta.

He encontrado publicadas las siguientes resoluciones que se refieren explícitamente al tema:

a) La Resolución de Casación No. 3737-97 (*El Peruano*, 9 de marzo de 2000). De los hechos referidos en la resolución deduzco que, efectivamente, la nulidad era manifiesta. El considerando séptimo establece que la declaración de nulidad de oficio no vulnera el derecho al debido proceso invocado en el fundamento del recurso de casación.

b) La Resolución de Casación No. 1843-98 (*El Peruano*, 23 de mayo de 2000), que resolvió un caso de clara falta de formalidad. No comparto ciertos criterios de esta resolución, pero ella sí es importante porque reconoce explícitamente la doctrina de las apariencias y presunción de validez del negocio mientras no se declare la nulidad, y aunque la nulidad era objeto de la pretensión, un considerando señala la procedencia de la nulidad de oficio cuando sea manifiesta.

b) La Resolución de Casación No. 2081-98 (*El Peruano*, 31 de agosto 1999), que resolvía un caso de falta de formalidad del acto y su declaración de nulidad de oficio. Sobre cuándo la nulidad es manifiesta, esta resolución menciona mi obra *El negocio jurídico* y la breve cita es casi textual, aunque incompleta y, por tanto, dando lugar a imprecisa apreciación de mi pensar.

c) La Resolución de Casación No. 1864-00 (*El Peruano*, 31 de julio de 2001), según la cual se puede declarar de oficio la nulidad manifiesta, aunque no haya sido alegada.

2 ¿Es el artículo 220 del Código Civil una excepción al principio procesal de congruencia entre el petitorio y la decisión?

En mi opinión, sí. Es una excepción al principio de congruencia que se justifica por la razón de ser de la nulidad (absoluta). Y por ser excepción también debe tener un tratamiento rigurosamente excepcional, con severos requisitos y exigencias que más adelante explicaré.

2.1 La congruencia. Breve análisis y proyecciones en el ámbito procesal.

La expresión congruencia (del latín *congruus*, conveniente) define -en términos generales del discurrir y, por tanto, no privativos del pensamiento legal- la imprescindible relación de coherencia y correspondencia intelectual en las sucesivas etapas del razonamiento y, por ello, enlace lógico entre la premisa y la conclusión.

Nuestra Corte Suprema ha recogido para el campo jurídico procesal algunas manifestaciones de esta exigencia. Aunque no plenamente concordantes entre sí, entre las recientes resoluciones más significativas y explícitas pueden citarse las siguientes:

a) El primer considerando de la Resolución de Casación No. 2479-99 (*El Peruano*, 11 de enero de 2000), el cual señala que “el término congruencia procesal debe reservarse para aludir a la correspondencia que debe existir entre los puntos materia del petitorio y lo resuelto por la sentencia”. (Igual, el octavo considerando de la Resolución de Casación No. 2372-99, *El Peruano*, 5 de julio de 2000; similar el primer considerando de la No. 822-00, *El Peruano*, 30 de octubre de 2000). Se restringe así el concepto -dice “reservarse”- a una identidad entre la petición y la respuesta judicial. Y en considerandos posteriores la misma Resolución No. 2479-99 distingue la incongruencia de la incoherencia, calificando ésta como la infracción a la regla de no contradicción desde el

punto de vista de la lógica formal; “es decir, de las reglas del razonamiento o buen pensar”, que ocurre cuando se expresan como fundamentos del fallo proposiciones excluyentes entre sí.

b) El segundo considerando de la Resolución de Casación No. 379-99 (*El Peruano*, 28 de setiembre de 1999) anota que se entiende por congruencia “la exigencia de identidad que debe mediar entre la materia, partes y hechos del proceso y lo resuelto por la decisión jurisdiccional”. La Resolución No. 244-01 (*El Peruano*, 2 de enero de 2002) anota que una sentencia no puede fundamentarse en asunto no alegado por las partes y que no fue materia de discusión, circunstancia que origina indefensión de los sujetos, violándose el derecho al debido proceso.

Podemos entonces formular, como primer dato, que en los aspectos objetivos (materia y hechos) la incipiente doctrina casatoria distingue entre: (i) la coherencia reclamada en los considerandos del fallo, que se postula respecto del discurso racional motivante de la decisión; y, (ii) la congruencia, como aquel requisito que deben tener las resoluciones judiciales para que en su parte resolutive o decisoria no incurran en *extra petita*, o que se conceda cosa distinta de la requerida; en *ultra petita* o respuesta en exceso de lo solicitado; o en *citra petita* u omisión de respuesta o pronunciamiento -aunque la doctrina procesal⁽¹⁾ discute si este último supuesto es causa de genuina incongruencia o caso de simple omisión de la tutela jurisdiccional requerida- (y, por cierto, otra especie de incongruencia también puede ocurrir si hay discordancia absoluta entre considerandos y fallo, sobre lo cual no conozco pronunciamientos de casación).

Ciertamente la exigencia de congruencia tiene pleno sentido o, mejor dicho, justificación y necesario fundamento. Empero, es sobre esta justificación donde se encuentran disparidades doctrinarias que, sin entrar en honduras y matices -que no creo ahora relevantes-, otorgan mayor o menor intensidad o prevalencia a ciertos principios procesales y a conceptos propios de la teoría del proceso, que en sus extremos más lejanos oscilan entre los que podríamos llamar *grosso modo* un principio privatista dispositivo y un principio publicístico, que confiere al juzgador mayores facultades inquisitivas, de indagación y de poder sobre los aspectos materiales de la controversia.

Sin ánimo en esta ocasión de sufragar con carácter general por determinadas corrientes ni de ser exhaustivo,

concentrándome en los fines de este análisis sobre la nulidad manifiesta, sí interesa poner de relieve, muy sumariamente, lo siguiente. **Primero:** que entendido anchamente el principio dispositivo, traduce en el proceso la disponibilidad por las partes de los derechos materiales en litigio (y, por ende, renunciabilidad o posibilidad de conciliar o transigir), de manera que el juzgador no puede ir más allá de lo que él mismo y las partes hayan centrado como materia de la controversia, ni sustituirlas en la actividad probatoria; esta es la tesis recogida en las Ejecutorias No. 822-00 y 932-00, *El Peruano*, 30 de octubre de 2000. **Segundo:** que, sin embargo, nuestro Código Procesal Civil no se afilia irrestricta y plenamente a dicho principio dispositivo, habiendo atenuado su trascendencia, y postula más bien un esquema mixto. Aunque con distinta repercusión y finalidad, destacados botones de muestra de casos restrictivos de la disponibilidad y de protección de especiales intereses pueden encontrarse en los artículos VI, 190.2, 194, 324, 332, 337 y 408 del Código Procesal Civil.

Importaba señalar lo anterior para engarzarlo en el contexto general de la nulidad, a lo que a continuación me refiero.

2.2 La nulidad. Ideas generales.

El artículo 220 del Código Civil se refiere exclusivamente a la legalmente calificada como nulidad *sensu stricto*, también llamada absoluta. Excluyo, por tanto, la figura de anulabilidad o nulidad relativa, que también forma parte del sistema general de las nulidades.

He definido⁽²⁾ la nulidad civil como aquella sanción declarada judicialmente en casos de invalidez de un negocio jurídico inadecuadamente conformado sin que legalmente se consienta su integración, o prohibido porque lesiona determinados intereses generales. Dicho de manera muy apretada esto significa lo siguiente:

a) Mientras el acto no sea declarado nulo, se presume su validez.

b) La nulidad es el estado jurídico del acto después de constatada y declarada judicial o arbitralmente su invalidez, porque las partes no pueden declarar por sí mismas el vicio y determinar la sanción jurídica. Hasta antes de la declaración habrá causal de nulidad, pero no estado jurídico de tal, que sólo lo hay, jurídicamente, desde que se declara con efecto retroactivo. Aunque el negocio jurídico esté intrínsecamente afecto a una causal de nulidad, las partes solamente quedarán liberadas de cumplir lo que en él se hubiese estipulado cuando se

(1) Véase: MILLAN, C. *La incongruencia civil*. Madrid: Técno, 1983.

(2) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición. § 269.

declare su nulidad, aunque con efectos retroactivos, como he dicho.

c) La sanción de nulidad sólo puede basarse en causa legalmente predeterminada, pese a que los preceptos legales no siempre empleen la expresión nulidad sino otra u otras equivalentes, verbigracia “no valdrá”, “se tiene por no puesto”, o “carece de valor” (por ejemplo, el artículo 798 del Código Civil)⁽³⁾.

d) La declaración de nulidad tiene por objeto la supresión de los efectos jurídicos -y en cuanto sea posible los prácticos, mediante restitución de prestaciones- que haya producido o pueda producir el acto inválido.

e) El ordenamiento jurídico considera que los efectos del negocio nulo lesionan intereses generales⁽⁴⁾ imperativos que el Derecho debe tutelar prescindiendo de los de particulares, que son de carácter dispositivo y propios de la anulabilidad o nulidad relativa.

Conviene dejar afincado lo anterior para recalcar que los estados de invalidez y de nulidad absoluta están sustraídos a la facultad dispositiva de las partes del acto afectado. Y tan lo están, que ellas no pueden confirmarlo, o sea subsanar el vicio (salvo en los casos de los incisos 5 y 8 del artículo 274 del Código Civil), y que la nulidad puede ser demandada por ciertos terceros y por el Ministerio Público. La nulidad (absoluta) no sólo es imperativa, sino además irrenunciable e inderogable por la voluntad privada (aunque con muchas reservas y de susceptible reproche, en ciertos casos de admisible transacción, confróntese artículos 1308 y 1309 del Código Civil).

Y le son pertinentes a la nulidad (absoluta) estas características porque la vigencia y efectos del acto repercuten sobre intereses generales, superiores o no particulares, que al Derecho le importa tutelar y que tocan a lo siguiente: (i) la existencia de requisitos que el ordenamiento exige para reconocer al acto jurídico como estructuralmente tal, en su idoneidad para afectar relaciones jurídicas, verbigracia artículos 219, numeral 1 y 1358 del Código Civil; (ii) la imposibilidad o inutilidad del acto al ser inapto para producir efectos, verbigracia artículo 219, numeral 3 del Código Civil; (iii) la represión de la ilicitud, verbigracia artículo 219, numeral 4 del Código Civil; (iv) el rechazo de la falsedad demostrada, verbigracia artículo 219, numeral 5 del Código Civil; (v) la seguridad jurídica, verbigracia artículo 219, numeral 6 del Código Civil; (vi) la defensa del derecho imperativo, verbigracia artículo V, Título

Preliminar del Código Civil; (vii) la protección de los indefensos, verbigracia artículo 210, numeral 2 del Código Civil; y, (viii) la irrenunciabilidad de la libertad decisoria, verbigracia artículo 218 del Código Civil, o de la autonomía de la voluntad en actos unilaterales y personalísimos, verbigracia artículo 814 del Código Civil; y, (ix) la trascendencia social de ciertas instituciones, verbigracia artículo 274 del Código Civil, etcétera.

La nulidad (absoluta), en suma, obedece a que en resguardo de valores fundamentales, colectivos e irrenunciables que un sistema jurídico preestablece (aunque sea implícitamente) y que podríamos calificar como trascendentes de la esfera individual, el Derecho precisamente no quiere que tengan valor ciertos actos creadores de relaciones jurídicas -es decir, les priva de validez y de tutela jurídica-. Por el contrario, la invalidez y su sanción de nulidad no responden a la necesidad de proteger los intereses o derechos concretos y singulares de las partes del acto, ni tampoco los individuales de terceros, salvo que la repercusión sobre unos y otros se produzca de una manera refleja y mediata.

De lo dicho puede extraerse una conclusión: la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes; es de orden público.

A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores, y para privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo. O dicho de otro modo, en casos excepcionales el juez (de primera instancia, por lo que más adelante diré) 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 considera nulo.

2.3 Los alcances y *modus operandi* de la excepción del artículo 220 Código Civil.

Dije más arriba que, precisamente por constituir una excepción, la declaración de nulidad de oficio debe también tener un tratamiento excepcional, en el sentido

(3) Más discutible como caso de nulidad es el del artículo 153 del Código Civil al indicar que “(e)l plazo del poder irrevocable **no puede** ser mayor de un año”.

(4) Artículo 1417 del Código de Québec.

en casos excepcionales el juez (...) puede considerar de oficio la existencia de invalidez y aplicar la sanción de nulidad absoluta

de rígido, restrictivo y estrecho. Este tratamiento se expresa por lo menos en cuatro vertientes:

a) Que el juez que declare la nulidad hubiera tenido competencia si la nulidad hubiera sido demandada. Por ejemplo, el juez penal no puede declarar nulidad de un contrato civil; el de trabajo no puede declarar la nulidad de una letra de cambio. Y, desde otro ángulo, tendría que ser en la vía procedimental idónea que permitiera a quien se considere perjudicado por la nulidad ofrecer en su apelación de la sentencia el medio probatorio que considere apropiado en defensa de la validez del acto (artículo 374 del Código Procesal Civil).

b) Que el acto declarado nulo esté directa e inseparablemente relacionado con la controversia y cuyo examen de validez y efectos sea “necesario para los fines de la decisión de la litis”⁽⁵⁾. Esto involucra dos aspectos:

- Me parece absolutamente insostenible la tesis que considera que puede declararse la nulidad del negocio jurídico que no repercute de manera inexorable en la solución de la controversia y que llega incidentalmente al proceso. Por ejemplo, que para ilustrar una línea de comportamiento de la otra parte, la contraparte aporte como medio probatorio el documento de un acto jurídico celebrado por la primera con un tercero. En este caso,

si el medio probatorio careciera de validez, el juez podrá no tomarlo en consideración, pero no puede declarar la nulidad.

- Sin embargo, más dudoso en nuestra legislación es que esta necesaria vinculación objetiva con el caso haga imprescindible también una misma relación procesal subjetiva entre las partes del acto y las del proceso cuya sentencia de primera instancia declara la nulidad de oficio⁽⁶⁾. Lo lógico es que la haya, porque de lo contrario podría ocurrir, por ejemplo, que un juez declarara una nulidad que ya ha sido materia de cosa juzgada en otro proceso que declaró válido el acto. Sin embargo, admito que el asunto es discutible.

c) Que tiene que ser un juez cuya decisión sea de primera instancia y, por tanto, susceptible de revisión, porque de lo contrario se violentaría el principio de doble instancia.

d) Que la nulidad ha de resultar manifiesta⁽⁷⁾. Esto reclama un poco más de desarrollo. Hay dos formas de entender lo manifiesto.

- Podría ser aquello que al juez le resulte visible en el contexto general del proceso merced a la luz que proporcionen otros elementos de prueba sobre circunstancias contingentes o hechos ajenos al acto jurídico mismo.

- O 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 para su demostración. (Caso típico, la falta de formalidad legal). Los autores nacionales (León Barandiarán⁽⁸⁾, Vidal⁽⁹⁾, Rubio⁽¹⁰⁾, Ferrero⁽¹¹⁾) no son precisos sobre el sentido del artículo.

Personalmente me inclino por la segunda de las tesis. A mi manera de ver “manifiesta” ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido)

(5) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p. 923.

(6) Como exige la jurisprudencia española y un sector de la doctrina del mismo país, bien entendido que sólo permiten la declaración de oficio de la nulidad en aplicación de la regla *iura novit curia*, y cuando sea necesario destruir la apariencia de validez que constituye obstáculo para hacer valer un derecho.

(7) Es interesante poner de relieve que nuestro ordenamiento es más exigente y riguroso en este aspecto que los artículos 1421 del Código Civil italiano, 286 del portugués y 1418 del de Québec (éste vigente desde 1994), los cuales no reclaman que para la nulidad de oficio ella deba ser manifiesta. Y ya apuntados estos preceptos no me parece ocioso subrayar lo siguiente: 1) La norma italiana no alude a “declaración”, sino a que la nulidad puede ser *rilevata d’ufficio*, esto es, señalada por el juez. La doctrina ha discutido los alcances de esta expresión. Por ejemplo, muy severamente, SACÓDIGO CIVILO, R. *Il contratto*. Uteha. pp. 885 y ss., quien expresa que “*nostre corti non coincide con ciò che noi abbiamo presentato come soluzione (...). Le nostre corti non conoscono la rilevazione d’ufficio della nullità como fatto diverso della declaratoria di nullità*”. Pero precisa que la jurisprudencia de las cortes considera que procede la declaración de oficio sólo “*cuando l’acódigo Civilertamento non implichi indagani di fatto*”. En otras palabras, la jurisprudencia italiana reclama que la nulidad esté de manifiesto al no requerir de indagaciones de hecho. 2) La ciencia jurídica civil y procesal, tan cuidadosa y desarrollada en Portugal e Italia, indudablemente ha permitido establecer en sus *corpus* civiles esta excepción a la regla de congruencia.

(8) BARANDIARÁN, José León. *Acto Jurídico*. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Lima: W.G. Editor, 1991.

(9) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998.

(10) RUBIO CORREA, Marcial. *La invalidez del acto jurídico*. Biblioteca “Para leer el Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.

(11) FERRERO, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Rocarme, 1974.

con tal grado de claridad que no se requiera de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que “resulte manifiesta” significa, pues, que la nulidad ya sea evidente y directa e inmediatamente perceptible.

Cuando el precepto legal establece que la nulidad “resulte manifiesta” no ha querido decir que se llegue al resultado de quedar manifestada como consecuencia deducida de otros elementos auxiliares, sino que sea el resultado de la simple y directa subsunción entre el supuesto legal que contiene la causal de nulidad y lo que visiblemente aparece⁽¹²⁾ del acto mismo, sin que sean menester adicionales elementos fácticos⁽¹³⁾. Y no creo que pueda ser de otra manera porque, salvo mejor opinión, los medios probatorios aportados por las partes conciernen a los hechos por ellos controvertidos, de modo que no han sido ofrecidos con finalidad distinta, o sea no ofrecidos para fundamentar la nulidad, ya que por definición la nulidad es de oficio porque no hay pretensión al respecto.

Hipótesis en las que claramente encuentro que la nulidad no está de manifiesto y que necesariamente requieren de prueba extrínseca son: la de simulación; la de objeto indeterminado pero cuya determinabilidad no consta del acto; la de objeto cuya imposibilidad física sea relativa o singularmente subjetiva, pero no objetiva y absoluta; y la de finalidad ilícita que no conste del propio acto y que, por ende, requiera ser comprobada. Pongo énfasis en estos casos porque, como ya he dicho, la validez del acto se presume, de manera que para desvirtuar la presunción sería imprescindible la actuación de prueba externa al propio acto para poner a la vista el vicio. Puntualizo más: se supone la autenticidad del acto, no la simulación; se suponen la posibilidad y determinabilidad del objeto, no que las partes han querido lo imposible o impreciso; se suponen la rectitud y la licitud (como la buena fe), no un propósito del acto -causa subjetiva común a las partes, no motivos individuales no traducidos en el acto- que el ordenamiento repudie.

e) La norma bajo análisis dispone que la nulidad “puede ser declarada de oficio”.

Atendiendo a la estructura y normas del Código Procesal Civil conceptúo imprescindible que si el juzgador considera la existencia de una causal de nulidad, a su juicio manifiesta, debe advertírselo a las partes antes de expedir sentencia, para que ellas expongan lo que les parezca apropiado a sus derechos. En esta materia hay dos principios de igual importancia a los que el juez no se puede sustraer y que ha de sopesar. En una mano, que no podría amparar una pretensión que se sustente en acto jurídico que el propio juez reputa nulo y que agravia los intereses superiores a los que ya hemos hecho mención. En otra mano, que no puede ir más allá del petitorio, resolviendo sobre lo que no ha sido controvertido.

No creo, sin embargo que ambos principios sean contradictorios; antes bien, pueden conciliarse, procurando una interpretación que no perjudique las razones que justifican uno y otro. De este modo, a la luz del Código Procesal la norma civil puede entenderse en el sentido que el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular. O, expresado con otras palabras: lo que el juez puede hacer es plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones. Pero, a mi juicio, no puede ni debe el juez declarar la nulidad sin que el tema haya sido previamente discutido dando oportunidad a las partes para que expresen lo que les convenga. Porque, por ejemplo, puede ocurrir que la validez del contrato ya había sido discutida y declarada previamente en otro proceso que hace cosa juzgada. Por lo tanto, en la audiencia de determinación de puntos controvertidos o en acto procesal posterior, el juez de oficio podrá traer a colación una posible nulidad, pero no podrá declararla sin antes oír lo que las partes tengan que decir a ese propósito.

Si el juez debe resolver conflictos de intereses o eliminar incertidumbres (artículo III del Código Procesal Civil) y considera que hay una nulidad que podría dar lugar a conflicto ulterior; si el juez puede llamar a litisconsortes o admitir la intervención de éstos incluso

(12) La expresión “aparece” es utilizada en el artículo 1047 del Código argentino, 1683 del chileno, 1561 del uruguayo, 1742 del colombiano, entre otros. Lo hago notar para subrayar que el vicio ya aparece y se deja ver por sí solo, sin que se requiera hacerlo aparecer mediante actividad adicional de comprobación.

(13) Es interesante a este respecto el artículo 359 del Código Civil paraguayo de diciembre de 1985. Establece que la nulidad “debe ser declarada de oficio por el Juez si aparece manifiesta en el acto o si ha sido comprobada en juicio”. Es decir, distingue lo que el propio acto intrínsecamente revela por sí mismo, de aquello que hay que comprobar por medios extrínsecos al acto. Lo manifiesto es sólo lo primero.

en segunda instancia; si el juez puede tomar decisiones para evitar un fraude procesal (podría pretenderse mediante una demanda de cumplimiento de contrato una implícita declaración de validez), no veo motivo para que, sin perjudicar el derecho de las partes, tenga cabida procesal la idea fundamental que justifica la regla del artículo 220 del Código Civil.

3 ¿Prevalece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil sobre el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, a pesar de los criterios de interpretación normativa de posterioridad temporal y de especialidad?

Precisamente por la naturaleza de la nulidad absoluta y el carácter radicalmente excepcional del mencionado segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, el precepto que este párrafo contiene sí debe prevalecer, en ciertos casos y con los requisitos ya dichos, sobre el artículo VII del Código Procesal Civil, que prohíbe al juez “ir más allá del petitorio”.

Debo señalar, en primer lugar, que la regla del referido artículo VII del Código Procesal Civil actual ya estaba de alguna manera recogida en los incisos 9 y 10 del artículo 1085 del Código de Procedimientos Civiles, anterior al Código Civil de 1936, cuyo artículo 1124, segundo párrafo, ya contemplaba lo mismo que el actual del artículo 220 del Código Civil de 1984. Quiero decir, dos cuerpos legales civiles han establecido excepciones al principio de congruencia que contemplaban los referidos incisos 9 y 10. No creo, por tanto, que el criterio de interpretación temporal deba considerarse como decisivo para subordinar la especialidad del artículo 220 del Código Civil a principios procesales generales cuya rígida y ciega aplicación puede conducir a extremos no deseados (como sería tolerar una nulidad absoluta ostensible por falta de formalidad, so pretexto de que no se ha demandado).

Cierto es, qué duda cabe, que el artículo 220 del Código Civil contiene una regla de naturaleza más procesal que material. Pero no es exclusivamente de tal naturaleza procesal, porque descansa en raíces esencialmente civilistas, propias del acto jurídico como fruto de la libertad humana que se refleja en la autonomía de la voluntad para regular relaciones jurídicas, que sólo puede y debe quedar limitada por ciertos intereses fundamentales a todo el sistema jurídico y superiores a los de las partes. Lo que en definitiva hace el 220 es

que, por la importancia de la nulidad y su peso especial, le confiere una, también especial, cabida procesal.

Por otra parte, abogo por la tesis que afinca el criterio de especialidad no por los cuerpos legales en sí mismos -en este caso Código Civil de 1984 y Código Procesal Civil-, como si ellos no pudieran decir otra cosa de otra materia, cuando roce y se relacione con aquella de la que tratan, sino que hay que encontrarlo en las instituciones mismas y en su expresión normativa. Me explico: en este caso el Código Civil trata específicamente de la conocida como acción de nulidad, pero de tal acción no se ocupa el Procesal Civil. A lo cual se agrega que el artículo VII del Código Procesal Civil (sujeción del juez al petitorio) contiene una norma principista del Derecho Procesal, esencial y deliberadamente genérica y por ello ubicada en el Título Preliminar, que debe sopesarse con otra más específica y concreta. Dicho de otro modo: la especialidad del artículo VII es especialidad del Derecho Procesal, como puede haber principios especiales de otras disciplinas jurídicas que sólo corresponden a ellas, pero que deben interpretarse de manera que no se excluyan entre sí.

Planteada la pregunta de otra manera: ¿cuál principio debe primar: el exclusivo y de excepción que en ciertos casos faculta al juez a suprimir la apariencia de validez de los actos jurídicos que frontalmente colisionan con intereses superiores del ordenamiento, o el general de la congruencia entre petitorio y sentencia que reclama el artículo VII del Código Procesal Civil?

Mi respuesta es que debe primar el del artículo 220 del Código Civil, tanto por los antecedentes normativos peruanos, como por la naturaleza de la nulidad, como porque el artículo VII del Código Procesal Civil no puede examinarse aisladamente del cuerpo legal que lo contiene, y si bien en éste la congruencia entre el petitorio y el fallo encuentra por lo menos parcial sustento en el carácter dispositivo ya analizado, también concede al juez facultades excepcionales cuando se trata de situaciones indisponibles (artículos 190.2 y 332 del Código Procesal Civil), que por cierto también son características de la nulidad.

Recapitulando: opino que el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles, como tampoco lo es la regla de aportación de prueba, como tampoco lo es la facultad de las partes de poner fin al proceso. Si se admiten estas excepciones, no veo razón

para no admitir la que contempla el artículo 220 del Código Civil, **aunque con restricciones.**

Así las cosas, apunto a continuación lo que, en mi opinión, debe ocurrir cuando el juez cree advertir una causal de nulidad.

4 Derivaciones. El derecho al debido proceso.

La posible lesión al derecho al debido proceso se plantea porque, tal como está redactado el artículo 220 del Código Civil, la declaración de nulidad de oficio ocurre en la sentencia. El problema se presenta en dos vertientes: las partes del proceso y terceros. Pero, como ya he dicho, una cosa es que el juez pueda declarar la nulidad en sentencia y otra distinta -que no comparto- es que pueda hacerlo de improviso y sin audiencia de las partes.

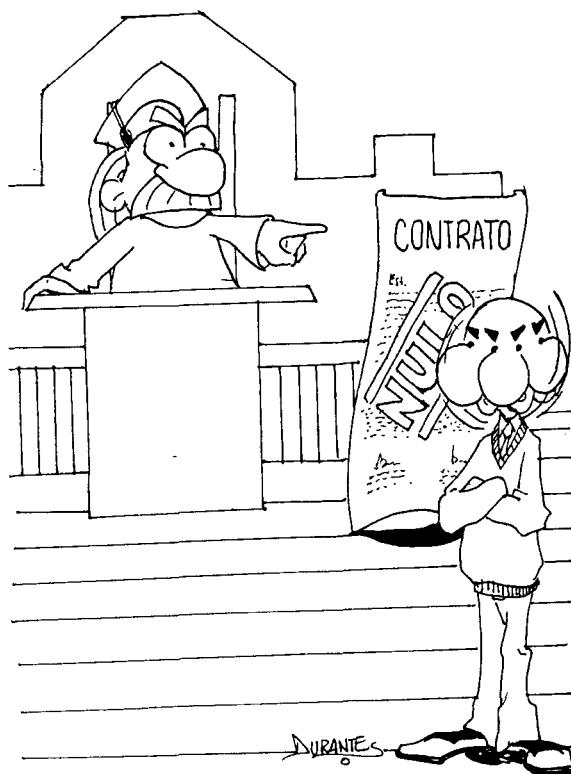
4.1 Con relación a las propias partes no creo que pueda hablarse de lesión al derecho al debido proceso. El artículo 220, como he dicho, es una excepción. Vale decir, cuando concurren las severas exigencias cuyas características ya he reseñado (supra 2.3), no hay lesión a derechos fundamentales particulares de las partes del proceso si el juez considera que hay de manifiesto una nulidad que no forma parte del petitorio y de oficio lo anuncia antes de sentenciar. O, si se prefiere, esta lesión consistente en poner sobre el tapete judicial una nulidad no demandada es sacrificada en privilegio de intereses superiores, sin que ello perjudique el derecho de las partes para exponer sus posiciones.

Es decir, la imperatividad e indisponibilidad propias de la nulidad absoluta y su razón de ser para tutelar intereses superiores trascienden de la creencia de las partes en la validez del acto y de su inactividad para solicitarla; la nulidad absoluta sólo queda saneada por la prescripción. En otras palabras, la excepcional posibilidad que franquea el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no vulnera derechos fundamentales de las partes del proceso cuando el juez, advirtiendo la posible nulidad, de oficio lo señala antes de sentenciar.

4.2 Con relación a la(s) parte(s) del acto jurídico que no ha(n) sido parte en el proceso, la lesión a sus derechos procesales sólo podría postularse, me parece, si a este tercero afectado por la declaración de la nulidad en la sentencia no se le llama como litisconsorte y no le

es notificada ésta. En tal caso el sujeto respectivo no estaría en posibilidad de impugnar el acto procesal para defender el acto jurídico que considera válido y que tal vez lo sea, pero que quedaría nulo si la decisión del juez no pudiera ser revisada.

4.3 No creo inoportuno dejar de mencionar que, sin duda para proteger el derecho al debido proceso de las partes y terceros, el Decreto 71-740 de septiembre de 1971 permitió en Francia la declaración de oficio de la nulidad, pero exigiendo al juez que, previamente a la sentencia, invite a las partes a formular sus comentarios al respecto⁽¹⁴⁾.



5 Sobre la vía procedimental.

Cuestión fundamental es si la nulidad manifiesta puede ser expuesta y declarada en un proceso sumarísimo. Definitivamente considero que no.

(14) Citando las posteriores modificaciones al Código de Procedimientos Civiles francés, MALAURIE, P. y AYNES, L. *Droit Civil. Tome 6. Les obligations*. París: Cujas, 1998. p 315; señalan que el juez puede declarar la nulidad de oficio a la *condition*.

Aunque lo permitiera la cuantía económica no creo admisible esta vía procedimental porque: (i) en ella sólo se admiten los medios probatorios de actuación inmediata; (ii) en el proceso sumarísimo no se admite la reconvencción, lo que impide que el demandado contrademande la declaración de nulidad, conduciendo eventualmente al absurdo de que se ampare la demanda negando el examen de la validez del negocio, cuya nulidad habría que discutir en otro proceso; y, (iii) en el proceso sumarísimo no es posible ofrecer medios probatorios en apelación (artículo 374) para sostener que no hay la nulidad declarada de oficio en la sentencia.

6 Conclusiones.

En resumen, conciliando las normas procesales y materiales, la aplicación del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil debiera ser, a mi juicio, como si la norma tuviera el siguiente texto:

“Aunque la nulidad no hubiera sido objeto de petitorio en 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 hubiera sido demandada; (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 éste involucra a terceros que hayan sido debidamente emplazados; y, (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 Civil”.