

CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DE LA NULIDAD PARCIAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Eric Palacios Martínez* **

La protección de las iniciativas negociales de los particulares, que se manifiesta en el denominado "principio de conservación de los negocios jurídicos", impone que se deje de lado la tradicional contraposición entre la "validez total" y la "invalididad total" del negocio jurídico. Esta necesidad ha llevado a que el ordenamiento incorpore figuras atenuadas de ineficacia tales como la nulidad parcial, por medio de la cual se circunscribe la nulidad a la parte de la reglamentación negocial por ella afectada, dejándose indemne el resto del contenido del negocio particular.

La teoría de la nulidad parcial, a pesar de su evidente importancia, ha sido poco estudiada por la doctrina nacional, por lo que el presente ensayo resulta particularmente significativo, ya que su autor desarrolla el concepto de la nulidad parcial tal como ha sido planteado por las codificaciones más importantes y la doctrina más autorizada, culminando su estudio con los supuestos especiales de la nulidad parcial contemplados en el Código Civil peruano de 1984.

SUMARIO: I.- Introducción: La nulidad parcial en el sistema de ineficacias negociales. Su intrínseca unitariedad. Las grandes codificaciones. **II.- Esquema general de la nulidad parcial:** construcción de su mecanismo de actuación: 1.-El concepto de nulidad parcial. 2.-Los requisitos de operatividad de la nulidad parcial i) Nulidad de algún o algunos puntos específicos del contenido de un negocio de carácter unitario. ii) Prescindibilidad objetiva del punto o aspecto del contenido afectado por la nulidad. iii) No existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial. **III.- La nulidad parcial en el Código Civil peruano de 1984. Supuestos especiales de aplicación.**

Para la protección de las iniciativas negociales, expresadas en actos autovinculatorios de naturaleza regulatoria, denominados negocios jurídicos, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos de curación y conservación. Resulta ello de una exigencia práctica para complementar y hacer más flexible el sistema de ineficacias negociales, sistema que, sin tener limitación alguna, podría llevar a una desincentivación de la propia actividad regulatoria o negocial de los sujetos.

Tal exigencia se encuentra recogida en lo que se conoce como el «principio de conservación de los negocios jurídicos», que tiñe a toda la Teoría General del Negocio, y que, en su actuación, ha generado la aparición de diversos mecanismos mediante los cuales los negocios jurídicos afectados por algunos tipos de ineficacia, podrían, en la medida de lo posible, ser salvados de la inoperatividad efectiva a la que normalmente estarían condenados.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú

** Para Jean Paul y Val Jean.

La presente investigación tiene como materia uno de estos mecanismos; en particular, la nulidad parcial del negocio jurídico, la misma que puede ser entendida, en una primera aproximación, como aquella nulidad que sólo afecta parte de la reglamentación negocial, dejando incólume el resto de ella, es decir, manteniendo la plena eficacia del contenido negocial no afectado.

La motivación que nos ha impulsado al tratamiento de este tema es, sin temor a equivocarnos, precisar las pautas generales de su correcta aplicación en el sistema normativo del Código Civil, para lo cual resulta ineludible tener la base lógico-conceptual apropiada, siempre necesaria en cualquier labor intelectual seria.

Asimismo, en el transcurso de nuestro desarrollo expondremos nuestras personales, a veces personalísimas, opiniones y convicciones; sin las cuales, me parece, el ensayo perdería todo interés al reducirse sólo a una mera exposición de lo que, en la mayoría de tratados y obras institucionales, se conoce como «nulidad parcial», perdiendo con ello todo interés académico. Planteado así el asunto, iniciemos la tarea enunciada.

I.- INTRODUCCIÓN: LA NULIDAD PARCIAL EN EL SISTEMA DE INEFICACIAS NEGOCIALES. SU INTRÍNSECA UNITARIEDAD. LAS GRANDES CODIFICACIONES.

La nulidad parcial, en las aproximaciones científico-jurídicas que en torno a ella se han producido, resulta ser un fenómeno relativamente nuevo en la doctrina francesa, española e italiana, que ha cobrado vigencia como resultado de las nuevas necesidades económicas y sociales. La protección de los intentos prácticos de los particulares exige que se rompa la contraposición “validez total”-“invalidez total” y que aparezcan *tertium genus*, es decir, figu-

ras atenuadas de ineficacia (en sentido amplio) que reduzcan al máximo los efectos negativos de la sanción de ineficacia. Ello importa una superación de la atonía característica del estado liberal clásico y el reconocimiento indirecto de la función integradora en el negocio, como contenido auto y heteroregulado sobre el que el ordenamiento interviene independientemente de la voluntariedad de los sujetos. Se ha llegado incluso, en algún momento, a catalogar a la nulidad parcial como un “tercer tipo de invalidez”¹.

A partir de lo dicho, pensamos que un correcto enfoque, en una indagación científica acerca de la nulidad parcial, tiene que estar conectado con el concepto genérico de nulidad. De ahí, que se haya afirmado que la noción de la nulidad parcial va unida a una nueva idea de la nulidad, más dinámica de lo que es en su concepción clásica, refiriéndonos a aquella que origina *ipso facto* la carencia de efectos negociales cuando faltan los requisitos necesarios para la formación de un acto válido (estructura), o cuando no han sido respetadas las reglas que les conciernen².

Al afirmar que la nulidad se produce porque a la *fattispecie* le faltan los elementos constitutivos-essenciales o porque éstos se encuentran viciados³, no se llega a caracterizar el fenómeno de la nulidad con contornos estrictamente configurados; también la anulabilidad supone un defecto en la *fattispecie*, es decir, en el conjunto de presupuestos, requisitos y elementos que conforman la estructura del negocio. Dicha definición, entonces, resulta insuficiente y se ve muchas veces contradicha por el orden positivo, lo que hace necesario valorar el significado que se atribuye a la nulidad teniendo presente los intereses que ella afecta en el cuadro de los valores del sistema. La nulidad del negocio, según la más acreditada doctrina, constituye el “medio para la tutela efectiva de intereses generales, considerados valores fundamentales para la entera organización social”⁴.

¹ En tal sentido PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano. Parte Seconda Vol. I. Dei Contratti in Generale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 191.

Sin embargo, estamos constreñidos a disentir de este uso terminológico, ya que, en nuestra opinión, la nulidad parcial es una especie de nulidad que se caracteriza por afectar sólo a una parte del contenido negocial, como veremos más adelante.

² Es la definición de los MAZEAUD, Henry, Jean y León. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, Vol. I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978. p. 335.

³ En tal sentido MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato T.II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. p. 264; BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 353; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. T. II, Vol. I*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987. p. 286; entre otros.

⁴ Es el parecer de MONTICELLI, Salvatore. *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*. En: *Rivista di Diritto Civile, Anno XXXVI Parte Prima*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990. p. 674; y GALGANO, Francesco. *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*. En: *Contratti e Impresa Parte Seconda*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987. p. 532.

El enfoque señalado es de vital importancia para comprender el fenómeno denominado nulidad parcial, y empezar a tomar posición frente a su no muy acertada catalogación como simple "especie" de nulidad.

La nulidad parcial vendría a ser el reflejo de la orientación señalada -que denominamos personalmente "concepción valorativa" de la nulidad- con la que se explica perfectamente no sólo su modo particular de funcionamiento sino, a su vez, el de mecanismos de conservación afines destinados a conservar las iniciativas negociales, como es, a título de ejemplo, la figura de la conversión del negocio jurídico⁵.

De acuerdo a lo señalado, podremos coincidir en que la nulidad parcial tiene sustento en una concepción flexible de la nulidad y que encuentra fundamento en ella, puesto que, por un lado, no se debe dejar al margen la protección de las iniciativas negociales, y por otro, es necesario proteger los valores fundamentales de la entera organización social. El principio de conservación, vigente en nuestro ordenamiento⁶, impone la opción de que la nulidad parcial sea la regla y aquella que afecte a la totalidad del negocio la excepción.

Sin embargo, puede ser discutible que esto sea válido para la generalidad de sistemas jurídicos, basándonos en la distinta y contrapuesta toma de postura aparente de las dos codificaciones civiles más importantes en el mundo: el Código Civil alemán (B.G.B.) de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

El Código Civil alemán (B.G.B.) de 1900, en el § 139 ha dispuesto que "si una parte de un negocio jurídico es nula, el negocio jurídico es nulo en su totalidad, cuando no se hubiera querido sin la parte nula". De allí que se infiera que, para el sistema alemán, la nulidad total sería la regla y la nulidad parcial la excepción⁷.

Así Oertmann, profesor de la Universidad de Gotinga, en un ensayo magistral, fundamenta esta toma de posición en que "no se puede exigir a todo el mundo que, en caso de nulidad de una parte del negocio, se conforme que reste útil la parte que acaso carezca de valor para el sujeto, como sucederá por ejemplo, si habiendo comprado una obra de tres volúmenes, se ha perdido o destruido uno de ellos"⁸.

En lo que se refiere al Código Civil italiano de 1942, el primer párrafo del artículo 1419 es el que la recoge expresamente, estatuyendo que "la nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusulas singulares importará la nulidad de todo el contrato, si resultara que los contratantes no lo habrían concluido sin la parte de su contenido que ha sido afectada por la nulidad"⁹. En tal sentido, comentando el mencionado texto legal, Bugani advierte que "según el sistema del *Codice Civile*, el principio de la conservación del negocio jurídico afectado por la nulidad parcial (*utile per inutile non vitiatur*) es la regla, mientras la extensión al entero negocio de los efectos de tal nulidad constituye la excepción, cuyos extremos deben ser probados por la parte interesada"¹⁰.

⁵ Mecanismo heterointegrativo mediante el cual se salva al negocio afectado por la invalidez, reconduciendo su contenido hacia otro tipo negocial: el intento práctico es materia de una corrección en la calificación realizada por el ordenamiento, que originalmente lo catalogó como inválido, para utilizarlo como *fattispecie* de otro tipo de negocio jurídico que satisfaga adecuadamente el propósito práctico de los sujetos. Para los detalles de la gran "problemática" que supone la conversión, ver del autor, PALACIOS MARTINEZ, Eric. La Conversión del Negocio Jurídico, en preparación por Ara Editores.

⁶ Recogido indirectamente con la previsión legal de la Buena Fe en el artículo 1362 del Código Civil, y en algunos casos aislados que serán examinados, con referencia a la nulidad parcial, más adelante en el presente estudio.

⁷ Como lo señala MARÍN PADILLA, María Luisa. El Principio General de Conservación de los Negocios Jurídicos. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1990. p. 103. Corrobora esta conclusión ENNECCKERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo I-2 Vol. 2. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1981. p. 731; cuando afirman que "si la causa de nulidad sólo alcanza a una parte del negocio, el artículo 139 establece con razón que todo el negocio es nulo. Sólo se da una excepción, que tiene que probar el que la alega, cuando proceda suponer que el negocio hubiera sido celebrado también sin la parte nula".

⁸ OERTMANN, Paul. Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos. En: Revista de Derecho Privado. Madrid Año XVI, Número 186. (1929) p. 75; donde agrega que para la aplicación de esta "excepción", "el interés de las partes será la medida decisiva", infringiéndose de sus ejemplos que se refiere al interés de las partes en la ejecución material del reglamento negocial autoregulatorio. En idéntico sentido se pronuncia en su obra Introducción al Derecho Civil. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933. p. 282.

⁹ Texto extraído de MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I - Código Civil Italiano. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 284.

¹⁰ BUGANI, Ira. *La nullità del contratto*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 590.

Por demás, agrega Colagrosso, en una afirmación que señala la consecuencia práctica de la toma de postura del Código Civil italiano, que “si fuese proclamada la nulidad total del contrato se haría imposible la misma inserción automática de las disposiciones imperativas”¹¹, con lo que se reconoce la enorme utilidad de la nulidad parcial para armonizar el respeto a la autonomía privada de los particulares y los fines que el ordenamiento persigue.

A pesar de los enunciados literalmente contradictorios de los respectivos artículos en ambos cuerpos legislativos, es preciso anotar que, en su sustancia, tienen una misma previsión normativa, y que lo único que diferencia ambos tratamientos de la nulidad parcial es la necesaria actividad de algunos de los sujetos negociales para efectivizar la nulidad total o parcial según sea el caso.

Si por un lado afirmamos que el negocio afectado en parte de su contenido es nulo en su totalidad “cuando no se hubiera querido sin la parte nula”, como lo hace el B.G.B.; y por otro que, la nulidad parcial de un contrato o de sus cláusulas singulares importará la nulidad de todo el contrato, “si resultara que las partes no lo habrían concluido sin la parte afectada”, como lo hace el Código Civil italiano; estamos diciendo intrínsecamente lo mismo, puesto que, en los dos casos, se concluye que el efecto expansivo de la nulidad se verificará solamente cuando quede claro que las partes no lo hubieran celebrado sin la parte afectada, marcándose un límite subjetivo a la actuación de la nulidad parcial¹².

La única consecuencia diversa de los dos regímenes de nulidad parcial está en que la carga de la prueba estaría dirigida, en un caso, a argumentar la nulidad total, y en el otro, a evitar ésta y demostrar la aplicación de la nulidad parcial; evidentemente co-

rrespondiendo siempre la actividad probatoria al sujeto interesado. Éste tiene la carga de probar que su requerimiento se funda en la particular intención práctica de las partes¹³.

II.- ESQUEMA GENERAL DE LA NULIDAD PARCIAL: CONSTRUCCIÓN DE SU MECANISMO DE ACTUACIÓN

Una vez realizada la presentación de la figura de la nulidad parcial, y habiéndonos introducido en su problemática respecto a su forma de actuación a nivel de las principales codificaciones, es preciso ahondar en la configuración de la estructura de la nulidad parcial, enunciando los lineamientos de su teoría general.

1.- El concepto de nulidad parcial

Cuando se define a la nulidad parcial, algunos autores remiten su conceptualización a la más genérica definición de “nulidad”. Tal es el caso, y es el ejemplo más clarificador, del italiano Criscuoli, el que de una forma excesivamente descriptiva la conceptúa como “la mayor sanción civil con la que el ordenamiento jurídico sanciona una parte de una especie negocial contraria a los límites impuestos a la autonomía privada, negándole reconocimiento y tutela jurídica”¹⁴.

Disentimos de la forma como se ha enfocado a la nulidad parcial, pues sólo se la reconduce al más amplio concepto de nulidad, planteando en forma redundante las ideas de “sanción” y “contravención a los límites de la autonomía privada”.

También se ha explicado la nulidad parcial identificándola como una manifestación del principio “*utile per inutile non vitiatur*”, destinada a salvaguardar el

¹¹ COLAGROSSO, Enrico. *Commento al Nuovo Codice Civile Italiano Tomo IV. Il Libro delle Obligazioni (parte generale)*. Milano: Società Editrice Libreria, 1945. p. 418-419.

¹² Efectuamos esta aproximación sólo con ánimo expositivo a fin de demostrar la paridad sustancial de los sistemas aludidos en lo que respecta a la nulidad parcial, lo que no implica de ninguna forma convenir con la exigencia de una voluntad de las partes, sea real, presunta o hipotética, problema sobre el cual volveremos más adelante.

¹³ De acuerdo BETTI, op. cit., p. 361. Asimismo, es menester señalar la existencia de presunciones que apuntan a supuestos distintos en el Sistema Alemán e Italiano; siendo necesario, para romper dichas presunciones en favor de la nulidad total o parcial respectivamente, la actividad probatoria de los sujetos, de lo que se induce la imposibilidad de declarar, en este específico supuesto, la nulidad parcial o total de oficio. Es en ese sentido, en la realidad italiana, que se ha pronunciado la *Cassazione* del 22 de marzo de 1983 En: *Massime del Foro Italiano* No. 590, 1983.

¹⁴ CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoría generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 131. En idéntico sentido, y admitiendo la influencia de CRISCUOLI, los españoles GOMEZ MARTÍNEZ, Juan. La nulidad parcial de los negocios jurídicos. En: *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Casa Editorial Bosch, 1962. p. 339; y el laboralista PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. La nulidad parcial del Contrato de Trabajo. Madrid: 1975. p. 112.

contenido del negocio no afectado por el defecto que acarrea la nulidad ¹⁵.

A pesar de ser adecuado el enfoque, porque es imposible negar la conexión entre la nulidad parcial y la regla *"utile per inutile non vitiatur"*, no es para nosotros la mejor forma de abordar a la figura que centra nuestra atención. La definición de la nulidad parcial debe ser tal que nos otorgue con su sola aprehensión lo esencial de su naturaleza, puesto que, de lo contrario, nos adentraremos inexorablemente en el terreno de la ambigüedad.

Por lo señalado, opinamos personalmente que la nulidad parcial debe ser conceptualizada como una de las técnicas de sanatoria del negocio jurídico, que implica una conminación limitada específicamente al contenido negocial afectado por la nulidad, es decir, la afectación cuantitativamente restringida de la nulidad sólo al contenido afectado por ella; en suma, circunscribir la nulidad y sus consecuencias, concretamente a la parte de la reglamentación negocial que la motiva y justifica.

Se explica con ello el fenómeno producido por la nulidad parcial, pudiéndose entrever claramente la forma de actuación de su mecanismo sobre el "contenido negocial" ¹⁶, punto primordial para comprender su problemática. Dicho esto, queda demostrada la enorme utilidad del mecanismo de la nulidad parcial en virtud a que no tendría ningún sentido práctico, en todos los casos, impedir la realización de los intereses caracterizantes-típicos

del esquema negocial por defectuosidad del supuesto de hecho o por contravención a normas imperativas, referibles exclusivamente a puntos concretos de su contenido. Por ello, con razón, se ha concluido que "las propias normas jurídicas entienden que, estando prohibida sólo una condición o presupuesto concreto, ello no debe arrastrar bajo su caída a todo el negocio" ¹⁷, puesto que sólo "algunos de esos aspectos pueden ser calificados de nulidad e impedir la producción de algunos efectos" ¹⁸, siendo esto último explicado principalmente por el "contenido complejo" que puede presentar el negocio ¹⁹.

Pero la verdadera utilización del concepto construido se encuentra en la correcta verificación de los requisitos necesarios para su operatividad. En efecto, cuando el negocio está viciado en solo una parte de su contenido preceptivo, es abstractamente posible, tanto la solución según la cual la invalidez se mantiene como parcial, circunscrita a aquella disposición o parte del contenido preceptivo del negocio, como la solución contraria, en el sentido de que la parte viciada arrastre tras de sí, y someta al régimen de invalidez también a la parte sana, dando lugar a la invalidez total del negocio jurídico ²⁰. La elección ante esta alternativa la tendremos en la materialización o no de los requisitos que se consideren relevantes para dar paso a la operatividad de la nulidad parcial, por lo que es de vital importancia señalar dichos requisitos, y su correcto entendimiento, en un acercamiento coherente con las modernas concepciones del sistema negocial, lo que haremos a continuación.

¹⁵ Así SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Reimpresión, 1991. p. 330; PUGLIATTI, Salvatore. Introducción al Estudio del Derecho Civil. México D.F.: Editorial Porrúa Hnos. y Cía., 1943. p. 318; CRISCUOLI, op. cit., p. 99; etc. Entre los españoles tenemos a MARÍN PADILLA, op. cit., p. 103; GORDILLO CAÑAS, Antonio. La nulidad parcial de los contratos con precio ilegal. En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XXVIII. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, (1975) p. 186; DE LOS MOZOS, José Luis. El Principio de la Buena Fe. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1965. p. 37; DIEZ SOTO, Carlos Manuel. La conversión del contrato nulo. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1994; CASTÁNTOBENAS, José. Derecho Civil español, Común y Foral Tomo I, Vol. II. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1987. p. 60.

¹⁶ Consideramos así poco adecuada la definición que señala que "se llama nulidad parcial a la que no opera sobre todo el negocio, sino sobre una cláusula o elemento del mismo", enunciada por DE LOS MOZOS, José Luis. El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987. p. 591. La multivocidad de los términos "cláusula" y "elemento" y la impropiedad de su uso en una investigación científico-dogmática sobre la nulidad parcial será examinada en el punto siguiente de nuestro trabajo.

¹⁷ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. El Negocio Jurídico. Madrid: Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 1980. p. 378.

¹⁸ MALUQUER DE MOTES, Carlos. Derecho de la Persona y Negocio Jurídico. Barcelona: Casa Editorial Bosch S.A., 1993. p. 317.

¹⁹ Así SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 330.

²⁰ Son las palabras del maestro BETTI, op. cit., p. 360. Es de igual opinión BUGANI. La nulidad del contrato. Padova: CEDAM, 1990. p. 589, quien advierte que "el problema si tal invalidez se propone en modo tal de hacer nulo el entero contrato, o bien, si permaneciendo firme el reglamento contractual (...) se discuta solamente la cuestión de cómo colmar la laguna del contenido negocial".

Las palabras de BUGANI nos llevan al planteamiento de un problema de no muy fácil solución, es decir, aquel de cómo colmar las lagunas dejadas por la actuación de la nulidad parcial en el contenido negocial.

La respuesta a la interrogante puede tenerse en el fenómeno de la sustitución automática de parte del contenido negocial, cuando ella sea expresamente prevista. En el caso en que dicha sustitución no sea dable tendremos que utilizar el método heterointegrativo del contenido negocial, adecuando los vacíos existentes al resto del contenido cuando el ordenamiento nos facilite la oportunidad de hacerlo. En caso contrario, deberemos aplicar la solución interpretativa, es decir, como si las partes no hubiesen previsto literalmente el punto eliminado.

2.- Los requisitos de operatividad de la nulidad parcial

Individualizada la interrogante, dirigida a la averiguación de cuáles son los requisitos operativos del mecanismo de conservación denominado "nulidad parcial", es necesario ahondar sobre su especial configuración.

Por ello -dejando de lado la referencia a las diversas formas de enumerar a lo que nosotros denominamos como "requisitos", (llamados por otros "condiciones"²¹ o "presupuestos"²²), de aplicabilidad de la nulidad parcial realizadas por la doctrina-, consideramos necesaria la concreción de los siguientes "requisitos de procedibilidad".

- i) Nulidad de algún o algunos puntos específicos del contenido de un negocio de carácter unitario.
- ii) Prescindibilidad objetiva del punto o aspecto del contenido afectado por la nulidad.
- iii) No existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial.

Examinemos separadamente cada uno de ellos.

i) Nulidad de algún o algunos puntos específicos del contenido de un negocio de carácter unitario

El primer requisito para que pueda realizarse la actuación concreta de la nulidad parcial, es la existencia de un negocio jurídico unitariamente configurado en el que alguna parte de su contenido se encuentre afectado por la nulidad.

Aunque pareciera que es redundante insistir en este aspecto, el planteamiento de la cuestión no es del todo estéril, por cuanto en el terreno concreto de la experiencia negocial nos podríamos encontrar ante un conjunto de negocios jurídicos independientes, pero agrupados en un solo acto declarativo, que al ser indistintamente examinados bajo las reglas de la nulidad

parcial nos conducirían a un resultado distinto, contrario al que se arribaría después de haberse aplicado correctamente las directrices provenientes de una lógica construcción dogmática, siempre socialmente útil.

Así, referirnos a una previa constatación de la unitariedad del negocio sobre el cual se pretende aplicar la nulidad parcial resulta de vital importancia, en la medida que ante la eventualidad de que existieran dos o más negocios distintos, estos tendrían que ser sometidos al tratamiento diferenciado de las causales de nulidad concernientes a cada uno por separado, dejándose de lado la valoración de los eventuales requisitos necesarios para la nulidad parcial. De lo contrario, cabría el peligro de que, al ser nulo un negocio sólo fácticamente vinculado a otro, por ejemplo, mediante un único acto declarativo, se arrastre a la invalidez (nulidad) un negocio perfectamente válido cuando no se reúnan los requisitos previstos para la actuación del mecanismo de conservación materia de nuestro estudio.

Pero, ¿cómo determinar ante un único acto declarativo, si nos encontramos frente a un negocio unitario o frente a una pluralidad de negocios jurídicos?

Al ser la pregunta directa, la respuesta también debe serlo: la determinación de la singularidad o pluralidad negocial tiene que ser examinada de acuerdo a la identificación de la "causa del negocio", es decir, de una o más operaciones que reflejen "funciones objetivas". Se pone así de relieve uno de los aspectos de la continuada influencia de la causa que, según la doctrina más avanzada, actúa como elemento objetivo de individualización de los tipos negociales dispuestos por el sistema normativo²³.

Sin embargo, el problema no es de tan sencilla solución. Puede presentarse la hipótesis de que un negocio calificado como "unitario" sea compuesto por varios negocios²⁴, y que, por ello mismo, tenga que atenerse en su globalidad a los requerimientos

²¹ Así LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1982, p. 294.

²² Así MARÍN PADILLA, María Luisa, op. cit., p. 105 y ss.

²³ Para una revisión integral de la problemática del concepto de "causa del negocio", ver por todos el excelente trabajo científico-jurídico de TABOADA, Lizardo. La causa del negocio jurídico. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 1996.

²⁴ Han planteado el difícil asunto los alemanes ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, op. cit., p. 932; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 628; LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil Vol. I, Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 250; entre otros.

La hipótesis planteada hace entonces surgir automáticamente el discutidísimo problema del reconocimiento de la unidad o pluralidad de negocios en una *fattispecie* negocial, abordado en la doctrina italiana, francesa y española, y casi totalmente ignorado en un medio como el nuestro. Así se ha dicho, en la doctrina italiana, que "el tema de la unidad o pluralidad de negocios ha sido considerado en general bajo dos puntos de vista diferentes: por un lado, desde el punto de vista de la teoría de los contratos mixtos, y por otro, desde la reciente teoría de los negocios conexos. Ha acaecido, por ende, que la solución de aquel problema ha resentido, en medida no leve, el particular interés de cada uno por el tema de fondo afrontado, con la consecuencia de que se nos ha inducido a desvalorar la importancia

exigidos para la verificación de la nulidad parcial. Aquí el criterio de la causa no sería relevante a efectos de resolver el punto discutido.

Para resolver tal dificultad la doctrina alemana ha propuesto dos criterios, a manera de hechos sintomáticos, para discernir si nos encontramos ante un negocio jurídico complejo, es decir compuesto de varios negocios, que pueda en su conjunto ser analizado como un solo negocio jurídico unitario. Así se ha considerado como criterios diferenciadores la celebración simultánea y el entrelazamiento de los varios negocios en el orden económico²⁵.

A nuestro entender consideramos que sólo el segundo de los criterios señalados podría otorgar la suficiente seguridad para confirmar la presencia de un conjunto de negocios entrelazados entre sí, que componen un solo negocio complejo²⁶. Y es que cuando en la *fattispecie* negocial compleja los varios negocios tengan entre ellos una relación de subordinación funcional, y constituyan simplemente me-

dios instrumentales para la actuación de un único objetivo económico, apuntando todos ellos a la obtención del mismo intento práctico-negocial, deberá concluirse que nos encontramos ante la figura de un negocio unitario, pero de naturaleza compleja.

En síntesis, la unitariedad del negocio, necesaria para iniciar cualquier valoración en torno a la nulidad parcial del negocio, tendrá que ser calificada de acuerdo a la presencia de una sola "causa-función" en el negocio concreto, o a la "conexidad" entre los varios negocios, de acuerdo a un único objetivo económico al que se encontrarían dirigidos, en el caso de un negocio compuesto o complejo, según se ha explicado con anterioridad.

ii) Prescindibilidad objetiva del punto o aspecto del contenido afectado por la nulidad

El siguiente requerimiento para la procedibilidad de la nulidad parcial radica en que, luego de efec-

respectivamente de la teoría del concurso de negocios o de la teoría, por así decir, unitaria; según nos ubiquemos en un estudio de los contratos, o bien, de los negocios conexos". En tal sentido DISABATO, Franco. *Unità e pluralità di negozi*. En: *Rivista di Diritto Civile*, Anno V. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1959. p. 414.

Los criterios para determinar la unidad o pluralidad negocial se han estudiado con cierto rigor por algunos autores italianos, los cuales, en su gran mayoría, acuden para dar solución al problema a lineamientos objetivos, existiendo sólo discrepancia en la elección del criterio de naturaleza objetiva relevante. Así, para un sector debe tomarse en cuenta la relación en que se encuentran las diversas prestaciones concurrentes en la situación de hecho, es decir, la relación real entre las consecuencias de índole económica de la operación, por lo que, si una de aquellas consecuencias es prevalente y las otras están subordinadas a ella, sólo existirá un negocio. Esta es la opinión de GIORGIANI, Michele. *Negozi giuridici collegati*. En: *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, citado por GASPERONI, Nicola. *Collegamento e commessione tra negozi*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1955. p. 360, cita número 8; MACIOCE, Francesco. *Un interessante caso di collegamento negoziale*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Padova: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 1586-1598.; entre otros.

Para otros el asunto debe resolverse ciñéndose al encuadramiento del supuesto concreto en los esquemas o tipos legales-negociales existentes. Así, cuando el negocio sea reconducible a un sólo tipo negocial, deberá hablarse de negocio único, y cuando resulte de la combinación de varios supuestos típicos completos existirán varios negocios. Sin embargo, puede ocurrir que el contenido del negocio no se adecúe a un tipo negocial en particular, lo que sucede cuando el supuesto concreto consta de elementos de un tipo legal determinado y además de otros elementos pertenecientes a otro tipo negocial, o bien, pertenecientes a un esquema negocial atípico. Para solucionar dicho problema se ha propuesto comprobar si los aspectos añadidos pueden ser calificados como cláusulas complementarias de un único negocio o como un negocio distinto aunque conexo. Esta es la opinión de DISABATO, op. cit., p. 421; CLARIZIA, Renato. *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*. Maggioni, 1982; entre otros.

Por último se ha sostenido, que el criterio diferenciador para dilucidar la existencia de uno o más negocios jurídicos en un supuesto de hecho, se tiene en la "causa del negocio jurídico", entendida como función económico-social. Esta es la opinión de la gran mayoría de autores italianos. En tal sentido se pronuncia GASPERONI, op. cit., p. 359-360, el cual señala que "...premisa y presupuesto lógico-jurídico ineliminable, aunque claramente intuible, para que pueda hablarse de conexión negocial en sentido técnico, es que subsista una pluralidad de negocios jurídicos. Sería aquí superfluo una disgresión sobre el complejo problema de la unidad o pluralidad de los negocios y nos limitamos, por tanto, a acoger el criterio que reconduce la unidad del negocio a la unidad de la causa. Si de la causa se adopta un concepto objetivo y se la entiende cual función económico-social del negocio, no puede desconocerse que ella es elemento objetivo de identificación y de individualización puesto por el sistema normativo, asumiendo la posición de límite respecto a la voluntad negocial". En idénticos términos LA LUMIA. *Deposito e locazione d'opere. Negozio unico e pluralità di negozi*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Anno V. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1912. II p. 921. En nuestra particular opinión, por las razones ya expuestas adoptamos también la última de las tesis señaladas.

²⁵ Así LARENZ, op. cit., p. 629 y ENNECCERUS, KIPP y WOLFF op. cit., p. 732. Estos criterios son los únicos capaces de dar paso a la aplicación de la nulidad parcial en los negocios jurídicos complejos dentro del Sistema Alemán, ya que en él rige el riguroso "principio de abstracción", según el cual cada operación identificable es un negocio jurídico independiente.

²⁶ Por la sencilla razón de que la celebración simultánea de dos o más negocios puede ser un criterio engañoso, en tanto muchas veces el tráfico comercial y jurídico revela múltiples relaciones de distinta naturaleza y alcance entre los sujetos, con lo que se podría tener celebraciones simultáneas sin que los negocios se encuentren necesariamente vinculados.

tuada la pertinente calificación del contenido del negocio, se concluya que la parte afectada, o "contaminada", por la nulidad es prescindible, y como tal, que pueda ser excluida sin afectar la estructura y función básica del tipo negocial.

No se trata entonces, como ha sostenido casi toda la doctrina, de un problema de divisibilidad o indivisibilidad²⁷, dependencia o independencia²⁸, aislabilidad o no aislabilidad²⁹ etc., con referencia al contenido del negocio; puesto que tales indagaciones implicarían un mal enfocado análisis integral de dicho contenido, que podría ser en algunos casos infructuoso para nuestros fines, en tanto, lo que en verdad interesa para efectos de la nulidad parcial, es la valoración concreta y específica de la porción del contenido afectada por la nulidad. En suma, lo que reviste verdadera importancia es la decisión sobre si el punto contaminado es posible de ser separado del resto del contenido sin afectarlo cualitativamente.

Pero, antes de abordar la temática referida a la por nosotros denominada "prescindibilidad", se hace

necesario evaluar en qué consiste aquella "porción" del contenido sobre la cual puede recaer la mencionada valoración; es decir, examinar preliminarmente las nociones de "contenido" y "cláusula", para analizar, en el primer caso, su composición y, en el segundo, su posibilidad de extracción sin afectar el sentido funcional del reglamento negocial ni la estructura del tipo, ya que si se diera esta circunstancia, sería más oportuno referirse a la conversión del negocio jurídico.

Para evitar entrar en un arduo desarrollo del concepto de "contenido negocial" nos vamos a limitar a acoger la definición que, en parecer propio, concuerda mejor con las modernas concepciones negociales, basadas todas ellas en el reconocimiento de la autonomía privada de los sujetos. En tal sentido, por contenido entendemos al "conjunto de las determinaciones de las partes de las que resulta el tipo de regulación (de intereses) que ellas han querido actuar con el contrato"³⁰, en síntesis, el reflejo concreto del intento práctico en el que se denota la entera estructura negocial.

²⁷ La divisibilidad considerada como requisito de operatividad-actuación de la nulidad parcial, supone que el contenido integral del negocio pueda ser fraccionado, de tal suerte que una vez separada la parte nula, quede un "resto" que pueda subsistir como negocio jurídico independiente. En tal sentido son enfáticas las obras de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF op. cit., p. 732; LEHMANN, op. cit., p. 250; SCOGNAMIGLIO, Renato op. cit., p. 330; RUIZ SERRAMALERA, op. cit., p. 378; ROPPO, Enzo. *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*. En: *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVII. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971. p. 687; entre otros.

Sin embargo el mayor desarrollo de la divisibilidad lo hace MARÍN PADILLA, op. cit., p. 112 y ss., desarrollando los parámetros conceptuales de Divisibilidad e Indivisibilidad Objetiva y Divisibilidad e Indivisibilidad Subjetiva, llegando en nuestro parecer a resultados redundantes en la medida que su amplio enfoque engloba dentro del binomio "divisibilidad-indivisibilidad" al requisito subjetivo de la "voluntad de las partes", en tanto hace depender a los conceptos señalados de la verificación de una divisibilidad subjetiva.

Nuestro parecer se inclina, más allá de la sustancial discrepancia en la forma como examina el problema, por abordar el tema de la "indivisibilidad-divisibilidad" del contenido en forma objetiva, en virtud a que en el estudio del contenido negocial se debe prescindir del elemento subjetivo, el que sólo toma importancia en el momento generatriz del acto de iniciativa negocial, por lo que, luego de aquel momento, el contenido se torna inobjetablemente independiente de la intencionalidad de los sujetos que dieron vida al negocio.

²⁸ Se refieren a una relación de dependencia entre las diversas disposiciones, como elemento excluyente de la nulidad parcial, COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México: Unión Tipográfico-Editorial Hispano-Americana, 1938. p. 364; y particularmente COLAGROSSO, op. cit., p. 418, quien textualmente afirma que "... no es aplicable (la nulidad parcial), cuando entre las diferentes disposiciones del negocio haya una relación de dependencia; en este caso, si la nulidad golpea la parte considerada como principal, la nulidad parcial equivale a la total".

Pero la más importante adhesión al concepto de "dependencia", es la de BETTI, op. cit., p. 362, quien señala que la invalidez parcial presupone que "las varias disposiciones de que consta el negocio pueden ser consideradas como independientes una de otra, de manera que la invalidez de algunas puede ser circunscrita a ellas y resulte no influyente y compatible con la validez de las otras".

²⁹ Toma en cuenta el criterio de la "no aislabilidad" para sancionar la nulidad de todo el contenido negocial, ante un caso de nulidad parcial, FERRI, Giovanni Battista. *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Anno LXI. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1963. p. 273, quien señala que "el problema en esta hipótesis es sustancialmente aquel de individualizar respecto al negocio concreto, cuáles son las partes esenciales, 'no aislables' que faltando, o siendo ilícitas o imposibles, producen la nulidad del entero contrato, y cuáles, en cambio, son aquellas partes que no arrastran consigo, siendo nulas, el entero contrato...".

³⁰ Así CARRESI, Franco. *Il contenuto del contratto*. En: *Rivista Diritto Civile*, Anno IX, Número 4, Parte Prima. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1963. p. 365. Se debe considerar, sin embargo, para evitar malos entendidos, que el contenido consiste tanto en las determinaciones queridas e insertas por las partes, como en aquellas insertas por el ordenamiento jurídico, a través de la ley, los usos, la equidad, etc. Aclara esta idea GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu-Messineo*, Vol. III, Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. p. 103.

Con ello, pensamos, queda claro que en la construcción del contenido negocial, éste debe ser concebido finalmente como soporte auto y heterointegrado.

Debe recordarse, en relación con la generación del contenido negocial, que el poder preceptivo³¹ otorgado a los sujetos (autonomía privada) supone no solamente la elección de los esquemas (tipos negociales) más idóneos para realizar las finalidades u objetivos escogidos, sino también la más específica determinación de su contenido. Los sujetos están también autorizados para completar la estructura esencial del negocio con proposiciones o cláusulas accesorias. De ahí, que el contenido puede comprender o estar compuesto por cláusulas principales y cláusulas accesorias. Las primeras caracterizan el esquema o tipo negocial escogido, mientras que las segundas asumen importancia en la específica programación de las partes. Estas últimas, claro está, presuponen la existencia de las cláusulas principales sin las que no podrían asumir relevancia alguna³².

Es entonces evidente que "contenido" y "cláusula" son conceptos vinculados, en la relación de "todo" a "parte". Así, en principio, no se equivoca la doctrina que entiende por "cláusula" una cualquiera de las proposiciones en las cuales consta, o puede constar, el contenido del negocio jurídico, es decir,

la determinación relativa a un punto cualquiera de la *fattispecie* negocial³³.

Sin embargo, la definición contemplada no esclarece cómo se va a distinguir una cláusula de otra, en tanto no establece ningún criterio para su ubicuidad concreta dentro del contenido negocial, a fin de que se pueda individualizar en forma unívoca si la nulidad está afectando una única cláusula, una pluralidad de ellas, o una parte de alguna de ellas, y con ello discernir, según el caso, si resulta aplicable el mecanismo conservativo de la nulidad parcial.

Para resolver tal incertidumbre se ha propuesto entender como "cláusula" al precepto de autonomía privada aislado o aislable en el contexto complejo de un contrato, que la ley no considera escindible en varias proposiciones³⁴. Se desprende de la definición que, para que se pueda calificar como cláusula singular y autónoma a un precepto de autonomía privada, éste debe presentar dos características: la aislabilidad y la inescindibilidad. Requisitos que nos vemos forzados a desarrollar personalmente en una contribución al esclarecimiento del concepto de "cláusula".

³¹ No compartimos bajo ningún aspecto la teoría normativa del negocio jurídico, expuesta y defendida por Luigi Ferri, por la simple consideración de que el negocio, desde la perspectiva de la clasificación general de los hechos jurídicos, es un supuesto de hecho al que el ordenamiento conecta los efectos jurídicos correspondientes. No se puede afirmar, como lo hace Ferri, que el negocio crea normas jurídicas apoyándose en la idea de que el negocio pueda ser a la vez un hecho jurídico regulado y a la vez fuente reguladora. Ello en virtud a que el negocio supone solamente un "acto vinculatorio" reconocido como tal para tener eficacia jurídica. El sostener que el negocio es fuente sustantiva de producción de efectos jurídicos separaría arbitrariamente el aspecto estructural y funcional del mismo, pues la estructura se encontraría identificada con un supuesto normativo, el que, cabe señalarlo, sería formado libremente por los propios sujetos, sin ningún tipo de control que pueda limitar su actividad "creadora", ante lo cual la función del tipo perdería toda utilidad como límite de la autonomía privada. De ello es perfectamente colegible que la teoría normativa es una "reviviscencia individualista" utilizada ahora por aquellos que creen en el liberalismo y que sirven a sus intereses.

Por último, para terminar de desdenar esta teoría, el negocio carece del elemento de la generalidad, la que en nuestro parecer, es caracterizante del concepto de norma.

³² Esta es la clasificación enunciada por TOMMASINI, Raffaele. *Voce "Nullità (diritto privato)"*. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXVIII. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 902. Por otro lado, a este criterio de clasificación se ha opuesto CARRESI, op. cit., p. 368, el que divide las determinaciones contractuales en esenciales y no esenciales, tomando como punto de referencia la estructura del negocio concreto; y sub-divide a aquellas "no esenciales" en principales y secundarias, según hayan o no hayan sido determinantes del consenso, señalando que la regla "*utile per inutile non vitiatur*" se aplica sólo a las determinaciones secundarias.

En nuestro entender, no cabe una clasificación de las cláusulas o proposiciones que tome como punto de referencia su mayor o menor injerencia sobre la plasmación del consenso (para los contratos) o de la declaración unilateral (para los negocios unilaterales: promesa unilateral, testamento, etc.), porque supone tomar en consideración la interna valoración de los sujetos sobre las proposiciones del contenido negocial; lo que llevaría, en última instancia, a aceptar que la verificación de las reglas de la nulidad parcial sólo tendría importancia cuando el examen de las intencionalidades declaradas así lo consienta, lo que, en una concepción objetiva y preceptivista del Sistema Negocial, como la tenemos, resulta abiertamente inaceptable.

³³ GERI, Lina. *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2° dell'art. 1419 C.C.* En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, diretta da Cicu-Redenti, Anno XIV, II*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1960. p. 683. Se deja así de lado el criterio de valoración formalista, según el cual, por cláusula contractual debería entenderse una declaración contenida en un artículo, en una línea, o en cualquier forma gráficamente separada o aislada de las otras, contenida en uno o más documentos. Este es lamentablemente el criterio seguido por DIEZ PICAZO, José Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986. T. I. p. 243, donde afirma, siguiendo a Carnelutti, que "la idea de cláusula alude más al documento en que el contrato se refleja que al contrato mismo". Nos llama la atención cómo un autor moderno y de la importancia de Diez Picazo, pueda seguir proponiendo construcciones teóricas del todo superadas. Por ello la lectura de su obra debe ser cuidadosa y estar siempre acompañada de un atento examen en la reflexión de las ideas que expone.

³⁴ Expresa dicho criterio la *Corte di Cassazione* en un Sentencia del 16 de octubre de 1958. Citada por GERI, op. cit., p. 685.

Por aislabilidad se puede entender aquella posibilidad de que una determinada proposición pueda ser separada del resto del contenido negocial sin que afecte el sentido otorgado a las otras proposiciones ni el suyo propio; supone que, al extraer hipotéticamente una proposición, sea perfectamente distinguible la particular regulación que ella incorpora, es decir, el punto autoregulado que ella concreta independientemente.

El segundo requerimiento para que se pueda hablar de "cláusula" lo tenemos en la inescindibilidad. Ella consiste en la característica por la cual aquella porción del contenido calificada como "cláusula", debe ser unitaria e insusceptible de dividirse en partes que, en sí mismas, puedan constituir puntos de regulación autónomos, ya que, en caso contrario, estaríamos hablando de cláusulas compuestas o complejas por estar integradas por dos o más puntos de regulación³⁵.

Pero habiendo llegado hasta aquí, queda por preguntarse ¿qué cosa se entiende por lo que nosotros hemos llamado punto autoregulado o punto de regulación autónomo? Para lo cual tenemos una respuesta directa que ayudará a esclarecer en buena medida la problemática de la definición del término "cláusula". Punto de regulación es la proposición o determinación independiente que resuelve satisfactoriamente una concreta incertidumbre, exigida o permitida por el ordenamiento para una reglamentación de intereses destinada a satisfacer las necesidades de los sujetos negociales. Así por ejemplo, en el negocio jurídico denominado compraventa es evidente cómo la específica determinación que incorpora el establecimiento del precio del bien materia del contrato, es una cláusula en el sentido señalado, en virtud a que resuelve una incertidumbre necesaria para la específica concreción del tipo negocial llamado compraventa. Si en la proposición se incorporase, además del precio, lo estatuido concerniente a la descripción del bien o a la imposición de un plazo esencial para el cumplimiento, no po-

dría lógicamente hablarse de una sola cláusula, sino de dos o más cláusulas incorporadas en una sola determinación preceptiva dentro del contenido del negocio. Otro ejemplo está en la incorporación de una condición o plazo suspensivo, que afecte el momento en que habrán de iniciarse los efectos negociales en una determinada proposición; hecho que, sin lugar a dudas implica la existencia de una proposición-cláusula, porque en sí misma resuelve la controversia, evidentemente de interés para las partes, referida al momento idóneo para el comienzo de la producción de efectos. Dentro de lo explicado centramos lo dicho en nuestra posición.

El siguiente punto es abordar, en nuestros términos, el concepto de "prescindibilidad" y resolver así la aplicación o no aplicación de las reglas de nulidad parcial en un supuesto concreto.

Si se ha aceptado que el negocio jurídico tiene un contenido complejo, y que produce, en tanto ello, efectos de diversa naturaleza o grado; es también necesario aceptar que dentro del contenido negocial existen "cláusulas" necesarias e "imprescindibles" para lograr la función social propia del negocio, y otras que se pueden catalogar como "prescindibles", es decir que no son estrictamente necesarias para que el reglamento, propuesto en la iniciativa negocial, cumpla con dicha función y satisfaga los intereses objetivos de los sujetos.

En el sentido anotado tenemos cómo una determinada cláusula puede ser valorada en relación directa con el papel que desempeña en la entera reglamentación de acuerdo al logro de la "función social", que absorbe a las iniciativas negociales; y tener con esto una graduación estrictamente objetiva, que servirá de mucho en el momento de decidir si una cláusula puede ser excluida del contenido sin afectar la consecución de dicha función. Evitamos así los múltiples inconvenientes que surgen de una consideración subjetiva de la importancia de las cláusulas insertas en el contenido negocial³⁶.

³⁵ Así se ha distinguido: el concepto de cláusula "simple" que resulta de una sola proposición, que se tendría cuando la proposición esté comprendida por todos los elementos que integran una reglamentación, de modo que revele enteramente el presupuesto de la determinación o la disposición correlativa; el concepto de cláusula "compuesta", resultado de más de una proposición, las que se encuentran integradas reciprocamente, de modo que la disposición resulte de la unión de las mismas; y, por último, el concepto de cláusula "compleja", consistente en una pluralidad de proposiciones compenetradas en tal forma que las modalidades expresadas en una precisen el alcance vinculatorio de la disposición que está contenida en la otra. En tal sentido FRAGALI, Michele. *Cláusula, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*. En: *Giustizia Civile*, II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 317-318.

Por nuestra parte, pensamos que la clasificación enunciada carece de la claridad necesaria para ser adoptada, sobre todo porque resulta muy difícil plasmar y distinguir prácticamente los criterios de integración recíproca y compenetración, para calificar respectivamente la categoría de cláusulas compuestas y complejas. Tampoco compartimos el concepto de cláusula como "... parte del contenido del acto autónomamente identificable" propuesto por BUGANI, op. cit., p. 589, en tanto se apoya en un criterio demasiado amplio que evidentemente puede llevar a confusiones en su concreta aplicación e individualización.

³⁶ Dificultad puesta de manifiesto por ZICCARDI, Francesco. *L'integrazione del contratto*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXIII. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969. p. 152.

Se tiene entonces a la “prescindibilidad” como el criterio decisivo sobre el que se debe apoyar la valoración de una cláusula golpeada por la nulidad para decidir si ésta va a afectar a ella sola o se va a extender a todo el reglamento, por incidir directamente sobre su causa (función social), que al final de cuentas es la individualizadora y justificadora de los efectos negociales.

La plasmación de la “prescindibilidad”, se puede colegir, en un congruente desarrollo constructivo, a través de una rápida constatación de dos factores consistentes en la identificación del tipo negocial. Con ello se logra también aislar, en este caso, la función social concreta del negocio y, en un segundo plano, extrayendo abstractamente la cláusula afectada, juzgar si ésta es absolutamente necesaria para el cumplimiento fiel de la función que tiñe al negocio.

Así, por ejemplo, en el caso de un contrato de intercambio, llámese arrendamiento, la nulidad generada en el acto del administrador por arrendar en contravención al plazo de duración máximo, que es de 10 años, no afecta la función propia del contrato de arrendamiento, consistente en el intercambio entre uso y renta, el cual puede subsistir, por cierto, tomando en cuenta la reducción legal del plazo de duración, recogida en el artículo 1688 del Código Civil, considerando que éste se haya limitado al período máximo señalado por la citada norma³⁷. También tenemos otro ejemplo clarificador para afirmar nuestra tesis, en el supuesto de un testamento que contiene una cláusula que conceda algún beneficio económico al notario ante el cual se otorga el testamento. Es claro cómo en este caso la “prescindibilidad” de una cláusula, examinada separadamente, puede establecerse considerando la no afectación de la función social que el testamento cumple, cual es la atribución de bienes patrimoniales para el momento de la muerte de una persona natural.

iii) No existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial en el específico negocio jurídico

Cuando la doctrina ha estudiado el mecanismo de conservación de la nulidad parcial, en varias oportunidades se ha referido a la necesidad de que ella busque un soporte sobre la voluntad de las partes, en forma real o hipotética. En dicho planteamiento se encuentra insito el problema que implica la aceptación o no aceptación de la voluntad de las partes como fundamento operativo de la nulidad parcial.

A tenor de lo dicho nos vemos en el imperioso deber de rechazar de inmediato que la nulidad parcial tenga su fundamento en la voluntad de las partes. Las razones de tal toma de postura se encuentran en que no es racionalmente aceptable exigir a las partes que prevean la posibilidad de la nulidad parcial, y que por tanto, se les imponga expresamente que la consideren en el contenido concreto del negocio que concluyen; por otro lado, tampoco es aceptable recurrir a la referencia de la voluntad que las partes “habrían tenido” para explicar dicho fenómeno, puesto que ella, encarnada en la teoría de la voluntad hipotética, no es otra cosa que un infeliz vestigio del “dogma de la voluntad”, una ficción incoherente con el espíritu y con el moderno sistema negocial basado sobre módulos objetivos³⁸. No se puede decidir sobre el destino de una reglamentación de intereses apoyándose solamente en suposiciones arbitrarias de una voluntad que pudo o no pudo existir prácticamente.

En el sentido planteado, es decir, aceptando la necesidad de la existencia positiva de la voluntad de las partes para la procedencia de la nulidad parcial, se ha pronunciado Marín Padilla, quien abiertamente sostiene que “el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o total se encuentra constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio jurídico”³⁹. Para la averiguación de tal voluntad, respecto a la nulidad

³⁷ Lo que por demás, constituye un típico caso de sustitución del contenido negocial por normas imperativas, cuya actuación específica, se debe señalar, no obsta para la no producción del fenómeno materia de estudio: la nulidad de esa particular cláusula y su no expansión al resto del contenido.

³⁸ Sin embargo, a pesar de los contundentes argumentos a favor de la imposición de un sistema negocial objetivo, constantemente nos vemos “sacudidos” por intentos -algunas veces “disfrazados”- para retomar los modelos de corte voluntarista. La razón de esto resulta, para nosotros, obvia: la postura voluntarista defiende o tutela mejor los intereses individuales de los sujetos, y se complementa perfectamente con las “reglas del mercado”, puntos vitales para todos aquellos que permanentemente se encuentran en la búsqueda de colocar sus intereses por encima de los demás a cualquier costo.

³⁹ MARÍN PADILLA, op. cit., p. 103, 111. De acuerdo en su lineamiento GORDILLOCAÑAS, op. cit., p. 189. En Italia siguen esta postura CRISCUOLI, op. cit., p. 103; BOLOGNA, op. cit., p. 1111; SARACINI, Eugenio. *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, p. 295; ROPPO, Enzo. *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*. Ev. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Casa Editore Dott. Antonio Milani, 1971. Anno XVII, pp. 688 y ss.; entre otros. En Alemania siguen esta posición ENNECCERUS, KIPP y WOLFF op. cit., p. 735.

total o parcial del negocio jurídico celebrado por ellas, sería necesario indagar si, expresa o tácitamente, manifestaron su voluntad de anular el negocio jurídico totalmente o sólo en la parte nula⁴⁰.

Llama la atención, por cierto, cómo dos de los más notables representantes de la doctrina nacional asumen en forma tan abierta la posición señalada, la misma que toma como necesaria la constatación de la existencia de una voluntad en el contenido del negocio que permita operar el mecanismo de la nulidad parcial. Así, por un lado Zusman, en un "didáctico" artículo en torno a la invalidez e ineficacia, señala cómo la procedencia de la nulidad parcial "se vincula en principio con la pregunta de ¿cuál ha sido la voluntad de las partes al haber pactado cláusulas no vinculadas entre sí?, o, **lo que es lo mismo**, ¿habrían querido las partes el negocio aún sin la parte nula?"⁴¹.

Más allá de la evidente toma de postura, con la que no estamos de acuerdo, podemos entrever en la afirmación de Zusman una terrible contradicción, cuando equipara expresamente, lo que resulta incluso poco coherente dentro de la lógica de la propia posición voluntarista, los términos de "voluntad real" y "voluntad hipotética", cuando en verdad la existencia o relevancia de alguna de ellas, excluye la existencia o relevancia de la otra. La afirmación de Zusman, por otra parte, implica la incorporación de dos módulos distintos de naturaleza subjetiva utilizables en un solo caso concreto, aceptable en todo caso, si se consideraran como medios alternativos, pero nunca como medios equiparables o sustancialmente idénticos.

Otro autor nacional que utiliza la voluntad de las partes como criterio determinante en la decisión de utilizar la nulidad parcial es Lohmann Luca de Tena, quien ha señalado en relación con la nulidad parcial, que se habrá de indagar "si el agente habría celebrado el negocio de todas maneras sin la parte afectada de nulidad en su contenido"⁴².

Asentada y expuesta la posición de quienes creen que la voluntad es necesaria, en una forma de actuación positiva, para la procedibilidad de la nulidad parcial, pasemos a exponer nuestro punto de vista, el que difiere ineludiblemente, hay que decirlo ya; de las posturas aludidas en los párrafos precedentes.

La referencia a un criterio subjetivo, para decidir el grado de "expansividad" de la nulidad, sea para que ella afecte todo el contenido del negocio, o bien, para que sólo lo haga con respecto a la específica "cláusula afectada"; implica un contraste clamoroso con toda concepción del negocio jurídico que se inspire en postulados objetivos, y, en todo caso, aparece como un criterio incierto e inseguro⁴³.

Se hacer preciso, por ende, hacer referencia a un criterio objetivo, desdeñando toda alusión a la voluntad real, hipotética o potencial de las partes, que refleje la verdadera influencia que la nulidad parcial tiene en la "economía" total del acto de autonomía privada⁴⁴.

Si se tendría que tomar en cuenta al criterio subjetivo ya enunciado, al dilucidar la procedencia del mecanismo de la nulidad parcial restringido a la parte del contenido calificada como nula, se llegaría a aceptar que sólo una "suposición", basada sobre

⁴⁰ MARÍN PADILLA, op. cit., p. 118.

⁴¹ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. Teoría de la invalidez y la ineficacia. En: ius et veritas, Lima, Año IV, No. 7 (1993). Es notorio cómo en este trabajo se hace una referencia casi permanente a la obra de Federico de Castro y Bravo, sorprendiéndonos por ello que, en este punto, se asuma una posición tan disímil a la que propugna el maestro español, la que se afina en que para la actuación de la nulidad parcial es decisiva "la correspondencia del resultado de mantener la validez de la parte no afectada con el propósito concreto negocial de los sujetos" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 494).

⁴² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Negocio Jurídico. Lma: Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, 1994. p. 581.

⁴³ Según algunos autores, es más conveniente referirse, como criterio valorativo, al orden general de los intereses típicos, cual resulta de la actividad declarativa negocial, integrada por el comportamiento total de las partes y por la situación general-circunstancial en la cual se inserta el negocio. Así TOMMASINI, op. cit., p. 903.

En el sentido anteriormente señalado, optamos por tener a la función económico-social, como el módulo valorativo para establecer la aplicabilidad o no de la nulidad parcial, en tanto, si se afecta irremediabilmente con ella lo esencial de la *fattispecie*, es evidente que no podrá ser aplicada en el caso concreto.

⁴⁴ En tal sentido se habla del criterio de "correlación inescindible" con el reglamento válido habida consideración de los intereses de las partes. Así BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*, T. III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987. p. 600-601.

una "ficción"⁴⁵ (en vista de que la indagación sobre la voluntad efectiva es imposible salvo declaración expresa en un determinado sentido), es el factor determinante de la extensión a todo el contenido negocial de los efectos de la invalidez; lo que según la lógica más elemental, que subyace a una teoría realista del negocio jurídico, es absolutamente inaceptable.

Sin embargo, resulta discutible la necesidad del recurso a las reglas de la interpretación del contenido negocial, posición puesta de relieve y asumida por Trimarchi⁴⁶ y Scognamiglio⁴⁷.

El problema encuentra solución, a nuestro parecer, en la posición que se adopte respecto a la función que desempeña la interpretación⁴⁸. Si por un lado, se concibe que ella tiene la función principal de encontrar la voluntad real del agente; utilizando para ello el texto, contexto, conductas, actos previos y posteriores como base que permita descubrir hasta dónde "han querido los individuos"; evidentemente no podremos considerar como necesaria la interpretación para la actuación del mecanismo conservativo de la nulidad parcial. Si por el contrario, asumimos que la interpretación tiene como meta el significado objetivo del contenido preceptivo, expresado de acuerdo a los factores objetivos (determinados no como dice Trimarchi⁴⁹, de acuerdo al equilibrio que ellos entendían realizar, sino por los datos objetivos consistentes en declaraciones expresas, usos de los negocios, aceptación del medio social, etc.) la respuesta deberá ser la aceptación de los sistemas interpretativos como coadyuvantes de la operatividad de la nulidad parcial, en tanto revelarían, en los términos planteados, la función económico-social cumplida por el negocio, inferida directamente de su contenido particular y concreto.

A pesar de lo dicho, y demostrada la perspectiva teórica que hemos asumido, ésta no desdeña totalmente la eventual relevancia del factor subjetivo. Nos referimos al supuesto en que los sujetos excluyan mediante una declaración expresa la aplicación de la nulidad parcial al supuesto concreto. Ello implica aceptar la renuncia anticipada de los sujetos a los mecanismos de protección, lo que es viable en la medida de que estos se encuentran predispuestos a su favor por el ordenamiento jurídico.

Reviste importancia sin embargo, la problemática planteada sobre el perjuicio de un tercero en virtud de la no aplicación de la nulidad parcial, por lo que pensamos que éste podría exigir, respecto a él, la continuación de los efectos negociales referidos a la parte no afectada directamente por la nulidad, motivo por el cual su requerimiento ante el Juez, previa demostración de su interés y legitimidad para obrar, tendría que ser admitido en un singular proceso.

En suma, el funcionamiento efectivo del mecanismo de la nulidad parcial dependerá, en todo caso, de un análisis funcional de la *fattispecie* negocial, que sirve como sustento al automando contenido en el negocio jurídico concretamente sometido a la protección conservativa caracterizante del fenómeno de la nulidad parcial.

Agotada la temática básica, de naturaleza teórica, es imprescindible examinar con algún detenimiento, la normativa del Código Civil que pudiera tener alguna vinculación con el tema propuesto en nuestra investigación.

Ello es objeto de la parte final de nuestro trabajo.

⁴⁵ Definida, y reconducida a veces, como un "cálculo de probabilidad retrospectivo". Así PUGLIATTI, Salvatore. *Voz "Conoscenza"*. En: *Enciclopedia del Diritto*. T. IX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 80.

⁴⁶ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato, Ottava Edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 277; quien afirma que el problema de aplicar la fórmula legislativa del *Codice Civile* italiano, expresada en el artículo 1419, primer párrafo, que rendía aparentemente el criterio decisivo de aplicación de la nulidad parcial a la voluntad de las partes, no es aquel de reconstruir una voluntad efectiva de las partes (inexistente, y como tal irrelevante, cual hecho meramente psicológico), sino aquel de dar una valoración jurídica que satisfaga los intereses de las partes en modo objetivamente justo y conforme, en la medida de lo posible, en relación con aquel equilibrio que las mismas partes entendían realizar con el negocio.

⁴⁷ SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 331, el que señala que "del texto legislativo no debe entenderse que la ley atribuya relevancia definitiva a la llamada voluntad hipotética de las partes, y que la decisión deba depender del factor psíquico, tan equívoco como improbable; pues lo que se pretende es establecer si el contrato (diseccionado) por la nulidad de algunas de sus partes sea concretamente compatible con la finalidad perseguida por los estipulantes".

⁴⁸ Expresadas en los sistemas de interpretación subjetivo y objetivo. Para una referencia especial de los sistemas interpretativos, ver por todos el trabajo de ARANA, Carmen. *La Interpretación del Acto Jurídico*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1992.

Es de advertir, cómo los autores mencionados en la cita anterior no están conformes ni aceptan una aplicación literal del artículo 1419 del Código Civil italiano, y de su texto infieren la necesidad de una interpretación dirigida al averiguamiento de la "finalidad perseguida" o de los "intereses regulados en el negocio", con lo que inevitablemente también estarían haciendo referencia al factor subjetivo; aunque uno de ellos (Trimarchi) utilice engañosamente el término "objetivización".

⁴⁹ TRIMARCHI, op. cit., p. 277.

III. LA NULIDAD PARCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. ¿SUPUESTOS ESPECIALES DE APLICACIÓN?

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido, en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil, el mecanismo de la nulidad parcial, otorgándole a ella, por estar inmersa en del Libro del Acto Jurídico, un marco de aplicación general, que se extiende a todos los actos vinculatorios privados, típicos y atípicos, en particular a los contratos, testamentos, promesas unilaterales, etc. Dicha extensión se debe a la naturaleza generalizante de la figura del negocio jurídico, (acto jurídico en el contradictorio "sistema" Franco-Italiano acogido por nuestro Código), que por suerte ha sido expresamente contemplado en nuestro ordenamiento, lo que nos permitirá en un futuro, aunque con un esfuerzo bastante grande, construir un sistema negocial propio, sin necesidad de utilizar el recurso analógico, forma de construcción indirecta, como ha ocurrido, por ejemplo, en la experiencia italiana⁵⁰.

El artículo 224 del Código Civil en su primer párrafo señala que "la nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables". Del texto citado se pueden inferir dos proposiciones lógicas interdependientes: que la nulidad parcial viene siendo considerada como la regla general en nuestro sistema de ineficacias, y que ella se verificará sólo cuando la disposición o disposiciones afectadas por la nulidad sean separables.

En lo que concierne a lo primero, se confirma que nuestro ordenamiento jurídico positivo está inspirado en el aludido "principio de conservación del negocio jurídico", que, como es conocido, tiende, en la medida de lo posible, a proteger los intentos prácticos de los particulares salvándolos de la sanción de la ineficacia. Este es un punto importante en la decantación de los lineamientos

rectores de nuestro sistema y que servirá eventualmente como punto de apoyo para una deseable construcción dogmática.

Con respecto a lo segundo conviene aclarar, de acuerdo al propio criterio, cuál es el significado del término "separable" en nuestra Codificación Civil.

Particularmente pensamos que la idea de separabilidad es fácilmente reconducible a la idea de "prescindibilidad", expuesta por nosotros como requisito central de operatividad de la nulidad parcial. Para ello debemos asumir que la "separabilidad" de cierta parte del contenido implica que ésta no va a afectar la función objetiva-essencial que cumple el negocio concreto en el contexto social. En síntesis, la separabilidad es la consecuencia directa del juicio de prescindibilidad, efectuado sobre el parámetro de la función objetiva que el específico tipo de negocio jurídico desempeña en el contexto social. Los otros requisitos enunciados en nuestro tratamiento, es decir, la nulidad de un punto específico en un negocio unitario y la no existencia de voluntad contraria de los sujetos, se encuentran inmersos respectivamente en el texto del artículo aludido, cuando señala el marco de actuación de la figura materia de tratamiento a través de la expresión "nulidad de una o más de las disposiciones"; y en la propia esencia de la nulidad parcial enfocada como expresión del principio de conservación.

La existencia de una norma general, como lo es el artículo 224 de nuestro Código Civil, posibilita lógicamente *in abstracto* una construcción objetiva de la nulidad parcial, facilitando con ello su virtual aplicación sin necesidad de inútiles e imprecisas averiguaciones en torno a lo que las partes "querían o habrían querido en aquel momento". Para efectos de la norma señalada bastará con lograr encuadrar el significado objetivo de la *fattispecie* concreta, a través de una calificación, para luego individualizar su "función", y finalmente, valorar la relevancia de la parte afectada por la nulidad⁵¹.

⁵⁰ Motivo por el cual se ha catalogado al negocio jurídico como una categoría "analógica", en vista de que el Código Civil italiano no acoge expresamente a la figura del negocio jurídico, motivo por el cual la doctrina científica italiana ha debido "construir" su sistemática, a partir de las normas relativas a los contratos y testamentos. No se trata entonces, como sarcástica e impunemente ha dicho Franzoni, de una "nostalgia científica", en el marco del Primer Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial celebrado en nuestra Facultad de Derecho; hecho que demuestra que este autor ha asumido una clara oposición al método y a los principios que por siempre la doctrina italiana ha defendido; y que ahora lamentablemente se ven atacados por una orientación claramente "antisistemática", propugnada por la Escuela de Bologna. Para una exposición que recoge los términos en que se ha definido al negocio como categoría analógica, ver por todos GALGANO, op. cit., p. 15 y ss.

⁵¹ Para efectos de la enunciación teórica objetiva, sustentada por el autor del presente ensayo, aparentemente resultaría más útil la redacción del artículo 25 del Anteproyecto Sustitutorio de la doctora Shoshana Zusman Tinman y del doctor Manuel de la Puente y Lavalle cuyo texto era el que sigue: "Artículo 25.- La invalidez de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las demás, salvo que se demuestre que las disposiciones inválidas son esenciales para la existencia del acto".

Pero también existen en el Código Civil normas que estatuyen casos concretos de nulidad parcial, referidas a un determinado tipo negocial. Es interesante, aunque de manera breve, hacer referencia a ellas.

Un caso aparente de nulidad parcial lo tenemos, para los testamentos, en el artículo 688 del Código Civil. Se prevé en tal hipótesis, la nulidad de las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; así como en favor de los testigos testamentarios. La nulidad parcial se configura en virtud a que el testamento permanece válido y eficaz, en vista a que la norma sólo sanciona la nulidad referida específicamente a las disposiciones señaladas. Se verificaría la previsión de un caso de nulidad parcial en el hecho de que la norma no establezca la nulidad de todo el testamento, sino sólo específicamente de las disposiciones de atribución patrimonial en favor de los sujetos enunciados taxativamente en el texto.

Otro caso que parecería identificarse con la nulidad parcial se tiene en el artículo 1587 del Código Civil, aplicable para el contrato de compraventa y para el de permuta⁵². Este artículo contempla la sanción de nulidad para la estipulación que impone como correspectivo al derecho de resolución a favor del vendedor, presente en la retroventa, la imposición de una obligación dineraria, o más genéricamente de una atribución patrimonial a favor del comprador. Al igual que el caso anterior, resulta importante la limitación de la sanción de nulidad a la concreta estipulación y no a todo el negocio jurídico de compraventa.

Un supuesto aparentemente más claro de nulidad parcial del negocio está en el artículo 1631, que sanciona, en el caso de la donación, con la nulidad el pacto de reversión en favor de un tercero, dejándose en la propia norma expresamente anotado -y aquí viene lo peculiar- que la nulidad de aquella cláusula, no producirá la nulidad de la entera donación. Sin embargo, a pesar de la aparente claridad de la norma en su referencia a la nulidad parcial, es interesante destacar que ella misma estatuye la “no nulidad” de todo el contrato de donación, sino sólo de la cláusula acotada. Ello tal vez se debe a que la reversión en ciertos casos podría afectar la función del negocio, adquiriendo, por tanto, la calidad de “imprescindible”, descartándose, en tal caso, la posible “separabilidad” exigida por el artículo 224 para la viabilidad de la nulidad parcial⁵³. Es propio entonces, como siguiente paso, esclarecer la función de la donación y establecer si el pacto de reversión afectaría en algo su desenvolvimiento.

La donación es por antonomasia un negocio de transmisión derivativa de propiedad con causa gratuita, en virtud a que supone un puro beneficio sin la existencia de un correlativo, para una parte; y para la otra, una disminución del patrimonio sin compensación económica⁵⁴. Si a ello agregamos que el pacto de reversión implica que el donante estipule que la propiedad de los bienes donados retorne a él en el caso de que el donatario, o sus descendientes hubieran de premorirle⁵⁵; resulta evidente que la permanencia de la propiedad en cabeza del donatario podría resultar afectada en la medida de que dicha condición resolutoria se cumpla⁵⁶. Se tiene entonces una cláusula, que afectando el desenvolvimiento de la función traslativa, podría en un análisis objetivo, troncar la validez de todo el negocio, pues

Sin embargo, en la correspondiente exposición de motivos señalan los autores mencionados que “el artículo 25 del Anteproyecto opta por un criterio más subjetivo al establecer que, para la invalidez de todo el acto, será necesario que se demuestre que las disposiciones inválidas del acto son esenciales para las partes”.

Evidentemente nos encontramos frente a un texto engañoso que podría ser interpretado en varios sentidos. Se acoge, en suma, en el artículo 25 del Anteproyecto, la denominada esencialidad subjetiva, es decir, determinada por la importancia que le den las partes al contenido negocial afectado. Criterio con el que estamos en completo desacuerdo por lo anotado anteriormente (Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, T. II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980. p. 26).

⁵² Por la remisión normativa del artículo 1603 del Código Civil.

⁵³ Queda por ello claro que, en los dos anteriores supuestos, en el caso del testamento y de la compraventa, se trata de cláusulas accesorias, que bajo ningún punto de vista afectan la función de atribución y de intercambio, presentes respectivamente en ambos negocios jurídicos.

⁵⁴ De acuerdo en la definición, DE CASTRO y BRAVO, op. cit. p. 262.

⁵⁵ Así BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo IV, 1987 p. 575; TORRENTE, Andrea. *La donazione*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu-Messineo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950. p. 463; entre otros.

⁵⁶ De acuerdo BARBERO, op. cit., p. 575.

incide sobre la traslación misma de la propiedad. Se explica entonces que la misma norma circunscriba la nulidad al específico pacto, y evitar, que en un acercamiento posterior, pueda afectarse a todo el negocio.

De lo dicho se puede colegir una regla-principio importante, y que en algún momento podría pasar inadvertida. Ella consiste en que se debe excluir *ab initio*, que nos encontremos frente a un caso de nulidad parcial cuando una norma específicamente prevea la sanción de nulidad para un punto particular del contenido de un negocio. Por ello, con anterioridad, al examinar las normas aisladas que contendrían supuestos de nulidad parcial, hemos utilizado los términos “aparente” y “posible”, para dejar entrever que su asimilación a los casos de nulidad parcial, por lo menos, suscita algunas objeciones.

Se debe puntualmente llamar la atención cómo las normas comentadas (artículos 688, 1587 y 1631 del Código Civil) sólo sancionan la nulidad de una determinada y exclusiva cláusula en el contenido de un negocio jurídico, sin dictaminar nada sobre la “expansividad” al resto del contenido negocial. Si se observa bien, este fenómeno no difiere mucho de la sanción de nulidad para todo el negocio, puesto que, en ambos casos, se afecta una autoregulación de los intereses de las partes; siendo por tanto necesario remitirnos a la normativa general del artículo 224 del Código Civil para, con los criterios valorativos expuestos en su debida oportunidad, resumidos en la separabilidad de la cláusula afectada, juzgar la presencia de un caso de nulidad parcial.

Consideramos por ello oportuno atenernos a la lógica del sistema y concluir que la particular sanción de nulidad para esas cláusulas, supone simplemente la verificación de un requisito de operatividad para la nulidad parcial. En suma, pensamos que el artículo 224 del Código Civil es el soporte básico sobre el cual se concreta la verificación del fenómeno conservativo de la nulidad parcial, por lo que los aparentes supuestos aislados, constituyen solamente puntos de referencia para comenzar un análisis más detallado.

Para terminar con el *excursus* en el Código Civil, nos referiremos ahora a la hipótesis de la condición suspensiva ilícita e imposible, a fin de establecer si en este caso se podría haber considerado la aplicación

de la nulidad parcial, o en todo caso, si la solución adoptada presenta una coherencia dogmática armónica con los principios rectores del sistema.

La norma bajo examen es aquella contenida en el artículo 171 del Código Civil. Ahí se señala que la condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible “invalidan”⁵⁷ el acto.

La condición suspensiva, como sabemos, es una modificación voluntaria a la temporalidad normal de los efectos negociales, que se hacen depender de la ocurrencia de un hecho futuro pero incierto. La problemática está en que, más allá de que se prevea expresamente la “invalidación del acto”, no se puede saber *ab initio* la razón por la que esta sanción debe afectar de todas formas a la integridad del contenido negocial.

Se debe tener primeramente en cuenta que la condición, a pesar de ser considerada como elemento accidental, una vez insertada en el específico negocio asume un valor determinante con respecto al interés concreto que las partes persiguen (causa subjetiva), produciéndose en el caso de que ella sea ilícita o imposible, la nulidad de todo el contenido. El tratamiento similar, en estos casos, asignado tanto al elemento accidental como al esencial responde, en una construcción sistemática, a la identidad existente en la forma patológica que es materia de sanción, expresada básicamente en la ilicitud, y en la imposibilidad, lo que se ve confirmado por el texto del artículo 171 del Código Civil, a partir del cual se deduce el principio enunciado. Todo ello es independiente de la aparente falta de lógica en tener una disciplina análoga para elementos esenciales, mejor llamados constitutivos, y accidentales, con diferente grado de relevancia en la estructura del negocio.

Y es que lo accidental debe ser entendido en un análisis individualizado, y considerar que significa solamente que dichos elementos no son necesarios *per se* en la estructura del negocio. Por tanto, la diferenciación entre elementos esenciales, o constitutivos, y accidentales es adecuada tan sólo en un plano estrictamente conceptual, ya que en la concreta reglamentación, asumen igual relevancia.

Al disciplinar el legislador la nulidad del todo el negocio cuando se presente la hipótesis de la previsión de una condición ilícita o imposible, ha fijado,

⁵⁷ La sanción establecida se refiere indudablemente a la nulidad, y no a la anulabilidad, en la medida en que para que se considere aplicable esta última, es imprescindible que se le prevea literalmente, como lo señala el artículo 221 del Código Civil. Por ello, nos inclinamos a pensar que nos encontramos ante un caso de nulidad, aunque el Código hable genéricamente de “invalides”, es decir de una ineficacia estructural en sentido amplio.

por un lado, la importancia que para el sistema adquiere la concreción específica de la estructura del negocio, en la equiparación entre sus elementos según sus consecuencias; y por otro, que es regla primordial que, en el particular intento práctico, resulte de vital importancia la eventual previsión de la suspensión de los efectos negociales al momento normal de su aparición.

Además, como los efectos no se verificarán si es que la condición suspensiva deja de tener relevancia ante el ordenamiento, al calificársele como nula, y por ello privada de efectos, devendría en absurda la valoración concreta de los requisitos de procedibilidad de la nulidad parcial, en el caso en que la norma no hubiese previsto la nulidad del

entero negocio, por lo que éste desplegaría sus normales efectos típicos frente a los sujetos intervinientes en él.

La nulidad parcial se configura, en suma, como un medio de protección de las iniciativas negociales, que, positivamente valorado y convenientemente aplicado, puede en muchos casos evitar que se cometan arbitrariedades contra los sujetos que, en un posible afán regulatorio, previnieron disposiciones que posteriormente serán calificadas como nulas, y que, por lo demás, no constituyen factores indispensables e imprescindibles en la reglamentación negocial, que en un análisis inspirado en la equidad, debe quedar indemne frente a la sanción invalidatoria impuesta a esa particular disposición.