

EL MUTUO DISENSO

Felipe Osterling Parodi*
Mario Castillo Freyre**

SUMARIO:

1. **Concepto.**
2. **El mutuo disenso en el ámbito del Derecho de Familia.**
3. **Carácter unitario del mutuo disenso.**
4. **Ambito de aplicación del mutuo disenso dentro de los actos jurídicos.**
5. **La formalidad del mutuo disenso.**
6. **Carácter irretroactivo del mutuo disenso.**
7. **La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero.**
8. **Excepciones al carácter bilateral del mutuo disenso.**
9. **Diferencias y semejanzas entre el mutuo disenso y otras figuras.**
 - 9.1. **Mutuo disenso y nulidad.**
 - 9.2. **Mutuo disenso y anulabilidad.**
 - 9.3. **Mutuo disenso y rescisión.**
 - 9.4. **Mutuo disenso y resolución.**
 - 9.5. **Mutuo disenso y pago.**
 - 9.6. **Mutuo disenso y novación.**

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

- 9.7. **Mutuo disenso y transacción.**
- 9.8. **Mutuo disenso y condonación.**
- 10. **Eventual extinción del mutuo disenso.**

1. **Concepto.**

El mutuo disenso, también denominado resiliación (**ressiliation** en Francia), es un modo de extinción de las obligaciones que, por sus características particulares, resulta uno de los pilares en que se fundamenta la base de nuestro sistema, es decir, el libre ejercicio de la autonomía privada.

En efecto, así como el contrato privado celebrado libremente entre dos partes (cuyas únicas restricciones o limitaciones se encuentran en la frontera de los derechos de los terceros y las normas que interesan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres) constituye la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, la misma que incluye la libertad de contratar y la libertad contractual⁽¹⁾, el mutuo disenso es la coronación de esta libertad, ya que es el acuerdo de los mismos contratantes para dejar sin efecto el contrato que los liga. Sólo las propias partes que por medio del contrato crearon una relación jurídica obligacional pueden decidir -y llevar a la práctica tal decisión- ponerle fin, extinguirla; la misma voluntad que tuvo la facultad de crear el vínculo es la que puede resolverlo.

Es, pues, en mérito a la autonomía de la voluntad privada, como eje de nuestro sistema de Derecho, que el legislador delega en los particulares la potestad de crear, organizar y deshacer la mayor parte de sus relaciones mediante actos jurídicos, particularmente las relaciones de contenido económico o patrimonial. Recordemos que el Código Civil, en su artículo 1351,

(1) En mérito a la autonomía privada, en la que se basa nuestro sistema jurídico social y económico, y circunscribiéndose a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico respectivo, las personas son soberanas para relacionarse y crear vínculos obligatorios entre sí.

Este principio -de la autonomía privada- tiene un doble contenido: "en primer lugar, la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera." (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo I, Página 263. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991.

define al contrato como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. "Vemos que dentro del concepto del contrato se encuentra la potestad de las partes para extinguir su relación jurídica. Por ello, el mutuo disenso es un auténtico contrato, cuyo contenido es la resolución convencional de la relación jurídica surgida también por contrato.

Guillermo Ospina⁽²⁾ señala que el postulado de la autonomía de la voluntad privada encuentra su consagración en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, el mismo que reproduce la fórmula "lapidaria" de Domat en estos términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", y agrega: "y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales", texto que expresa con singular precisión el vigor normativo que compete no sólo a los contratos que son la fuente principal de las obligaciones, sino también a todas las convenciones en general y a ciertos actos unipersonales dotados por la ley (convención, contrato o acto unipersonal) para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza.

Destacando la fuerza obligatoria del contrato, el cual sólo puede ser alterado por las propias partes, Ospina subraya que el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibir a los agentes destruir unilateralmente, salvo ciertas excepciones, la obligatoriedad de sus convenciones y contratos. Para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea, su mutuo disenso, por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos.

Recuerda Giorgi⁽³⁾ que **Nihil tam naturale est**, escribió Ulpiano en el comentario **ad Sabinum, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur**. Pero estima que este medio de extinguir la obligación, que Ulpiano encontró tan natural, o no se ha hecho para la práctica de los negocios, o ha permanecido siempre en la infancia, porque en las primeras páginas de cualquier Código y de cualquier tratado se encuentra que el modo más natural de extinguir las obligaciones es el pago.

Según el maestro italiano, los contratos y las obligaciones no se estipulan ni se adquieren hoy para disolverlos mañana, sino para que sus prestaciones sean cumplidas, ya sea para obtener o para dar el dinero, la cosa, la prestación prometida. Por tanto, en opinión de Giorgi, para conceder a lo dicho por

(2) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 330.

(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 395 a 397.

Ulpiano el valor que merece, es necesario no leer en él otra cosa más que una observación sobre la forma como se puede disolver un contrato, desde cuyo punto de vista es natural que por consentimiento se desate lo que por consentimiento se hizo; procurar ver más allá de esto es perderse en disertaciones teóricas poco fructíferas, por lo que, al hablar de este modo de extinguir obligaciones basta con limitarse a las pocas observaciones que pueden tener alguna utilidad.

Por nuestra parte, discrepamos del parecer del ilustre Giorgi, pues la utilidad del mutuo disenso, como veremos, es inmensa.

El mutuo disenso, según hemos indicado, es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Se trata, entonces, de un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, con el cual se elimina, en virtud de la voluntad unánime de ambas partes, el acuerdo anterior. De esta forma las partes, que como requisito deben tener la libre disposición de sus bienes, convienen en dejar sin efecto un contrato previo. Por esta razón (ya que lo consideran innecesario), no todos los Códigos Civiles lo regulan, pues, basándose en la libre autonomía de la voluntad, la persona, en función de la satisfacción de sus necesidades, o de su interés jurídico, es libre tanto para generar vínculos jurídicos, para hacer surgir obligaciones contractuales y para extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales⁽⁴⁾, ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) bastaría con dejar sin efecto la prestación del único deudor, por acuerdo al que llega con su acreedor, lo cual sería equivalente a una remisión o condonación de deuda.

El Código Civil de 1936 no definía la figura bajo comentario, sino tan sólo señalaba sus efectos en el artículo 1317: "En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará insubsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona

(4) No es poco frecuente confundir el concepto de contrato bilateral. No se trata de una bilateralidad o pluralidad en el cuanto de quienes participan, ya que del propio término "contrato" se infiere tal pluralidad (pues no cabe un contrato de una sola parte). La bilateralidad o pluralidad contractual está referida a las prestaciones provenientes de las partes. Los contratos bilaterales son, en ese sentido, los sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, a diferencia de los contratos unilaterales, en los que sólo una de las partes se obliga con la otra u otras a cumplir una prestación. A estos últimos, cuyo ejemplo más ilustrativo es el contrato de donación, se les denomina contratos de prestación unilateral.

perjudicada."

A diferencia del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1852 contenía una definición del mutuo disenso en su artículo 2272: "Se acaban las obligaciones, de la misma manera que se formaron, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas".

Al analizar la extinción de la relación jurídica, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle⁽⁵⁾ señala que ésta ocurre "cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta."

Comentando la naturaleza del "distracto" (nombre técnico para el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial -cualquiera sea su fuente- existente entre las partes), el citado autor⁽⁶⁾ explica que emplea la expresión "resolver" debido a que considera que el distracto tiene por finalidad dejar sin efecto la relación jurídica por una causal sobreviniente al nacimiento de dicha relación. Lo importante de anotar en esta definición es que dicha causal es la voluntad de las partes de extinguir la relación, pudiendo aplicarse a las relaciones contractuales o no contractuales.

Diferenciando el distracto de la resolución⁽⁷⁾, De la Puente señala que aquél opera sin que se requiera de pronunciamiento judicial, sino por el sólo mérito de las partes. Y respecto a la relación entre el distracto y el mutuo disenso, acota que el distracto vendría a ser el género y el segundo como una especie, "que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial surgida de un contrato, bien sea celebrado originalmente entre las partes, o bien en que una de ellas ha ingresado posteriormente a la relación, como ocurriría en el caso de una cesión de posición contractual o en el del ingreso del heredero para ocupar el lugar de su causante."⁽⁸⁾

En suma y para mayor abundamiento a lo expresado desde el inicio de este análisis, vemos que, siendo el distracto un contrato, evidentemente el mutuo disenso, por ser una especie de aquél, también lo es.

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 89.

(6) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 89 y 90.

(7) **Artículo 1371.**- "La resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración".

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 90.

Es razonable, luego de estas consideraciones acerca de la naturaleza contractual del mutuo disenso, formularse la interrogante sobre la razón por la que esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil como un medio de extinción de las obligaciones, junto al pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación y la transacción. La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984 ubicó al mutuo disenso como uno de los medios para extinguir obligaciones y no como un contrato (a pesar de identificar su naturaleza como más adecuada a éstos), por motivos didácticos y de ayuda a los operadores del Derecho, más que por sistemática⁽⁹⁾.

2. ***El mutuo disenso en el ámbito del Derecho de Familia.***

El mutuo disenso es un medio extintivo cuya amplitud rebasa el ámbito del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos.

El texto original del Código Civil Peruano de 1984 contemplaba la expresión "mutuo disenso" en cinco numerales, los artículos 333, inciso 11, 344, 345, 354 y 1313. De estos preceptos, los cuatro primeros empleaban la expresión "mutuo disenso" aludiendo a lo que hoy se conoce como separación convencional en Derecho de Familia⁽¹⁰⁾.

(9) "El artículo 1313, que tiene su antecedente legal en el artículo 1317 del Código Civil de 1936, se destina a la regulación del mutuo disenso y a los efectos que produce.

El legislador ha considerado conveniente, principalmente por razón de tradición jurídica, mantener la ubicación del mutuo disenso en la parte relativa a los medios para extinguir las obligaciones, no obstante que el mutuo disenso es también un contrato." (COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. Páginas 6 a 9).

(10) A continuación transcribimos los textos originales y entre paréntesis los vigentes (en virtud de la modificación operada por el Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 768 -Código Procesal Civil de 1992, que entró en vigencia en 1993-).

Artículo 333.- "Son causas de separación de cuerpos:

(...)

11."El mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio."

(11."Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.").

Artículo 344.- "Cuando se solicite la separación por mutuo disenso citará el juez a comparendo, pudiendo revocar su consentimiento cualquiera de las partes dentro de los treinta días posteriores a esta diligencia." ("Cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia.").

Artículo 345.- "En caso de separación por mutuo disenso, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los

Sólo uno de los citados artículos, el 1313, emplea la expresión "mutuo disenso" como medio extintivo de actos jurídicos o, si se quiere, de las relaciones jurídicas nacidas de dichos actos.

Como resulta evidente, más allá de que la expresión mutuo disenso ha sido sustituida por la de separación convencional en el Derecho de Familia, ella sigue empleándose en la práctica con mucha frecuencia, y produce, cuando se declara judicialmente, lo prescrito en el artículo 332 del Código Civil, norma que establece que "La separación suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial."

Resulta claro que, dentro del marco del Derecho de Familia Peruano, la causal establecida en el artículo 333, inciso 11, del Código Civil, para la separación de cuerpos (como dijimos, antes llamada mutuo disenso y ahora separación convencional), busca que ambos cónyuges, de común acuerdo, decidan poner fin a parte importantísima de los derechos, deberes y obligaciones nacidos del matrimonio, tal como se puede apreciar de la lectura del citado artículo 332. Sin duda, el mutuo disenso o separación convencional constituye la manera más pacífica para los cónyuges que han llegado a la convicción de que continuar con el matrimonio contraído carece de sentido, ya sea por incompatibilidad de caracteres, o incluso por la existencia de alguna otra causal de separación de cuerpos de las enumeradas en los incisos 1 al 10 del artículo 333, algunas de ellas irritantes para los cónyuges, razón por la cual deciden no ventilarlas públicamente a fin de evitar escándalos y daños morales

hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación por mutuo disenso las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341."

("En caso de separación convencional, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.").

Artículo 354.- "Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica."

("Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.").

a la pareja, a su descendencia y, en general, a su entorno familiar.

Como sabemos, cuando una pareja se separa por mutuo disenso, lo que persigue es poner fin a la relación y conjunto de derechos y deberes impuestos por la ley a quienes contraen matrimonio. Lo que se busca con esta figura no es otra cosa que poner término a los efectos de un acto jurídico por acuerdo de partes; de esas mismas partes que anteriormente convinieron en la celebración del acto cuyos efectos buscan ahora hacer cesar.

El mutuo disenso tiene efectos a partir del momento en que se declara y éstos jamás son retroactivos. Este principio es absoluto en el mutuo disenso del Derecho de Familia, mas en el ámbito contractual podría actuar **ex tunc** en caso de que las partes optaran por ello, como veremos más adelante. Esto significa que más allá de cualquier situación entre los cónyuges, consistente en una separación de hecho no declarada por los Tribunales de Justicia, para el Derecho tal separación recién se produciría desde que se declara el mutuo disenso o separación convencional.

Es importante tomar nota que en el Derecho de Familia el mutuo disenso se aplica únicamente al matrimonio, institución cuyo concepto se encuentra plasmado en el artículo 234 del Código Civil: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.- El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales."

Esto significa que el mutuo disenso recae sobre una institución nacida de un acto jurídico cuyo contenido es fundamentalmente extrapatrimonial, ya que por efecto del matrimonio nacen numerosos derechos y deberes que no pueden ser calificados como obligaciones civiles. Estas, en el matrimonio, se circunscriben a ámbitos muy específicos, como es el caso del régimen patrimonial o la obligación alimentaria, la misma que -sin dejar de ser una obligación civil- tiene rasgos y características propios que le otorgan importantes peculiaridades.

Entonces, vemos cómo el mutuo disenso se ha venido aplicando en el Derecho Peruano a una institución que no es fundamentalmente de carácter patrimonial y, por lo tanto, en este ámbito, no se puede hablar de un contrato. En opinión nuestra, el matrimonio, más allá de concepciones antiguas o de la que pudiera ser una idea generalizada en la sociedad, no es, jurídicamente hablando, un contrato, pues no es un acto a través del cual las partes

exclusivamente dan nacimiento a obligaciones. Las obligaciones son excepcionales en el matrimonio. Lo fundamental de esta institución son los deberes y derechos afectivos, de asistencia, respeto, educación de los hijos, etc., todos ellos ajenos al contenido patrimonial del concepto de contrato, no sólo concebido por la doctrina, sino consagrado legislativamente por el artículo 1351 del Código Civil Peruano.

Guillermo Cabanellas⁽¹¹⁾ distingue el mutuo disenso conyugal y el mutuo disenso de las obligaciones.

Así, respecto del mutuo disenso conyugal, expresa que es la "Conformidad de ambos cónyuges en cuanto a separarse, a romper el vínculo matrimonial, cuando tal potestad está reconocida por la ley civil como causa de divorcio."⁽¹²⁾

3. ***Carácter unitario del mutuo disenso.***

Castañeda⁽¹³⁾ opina que el Código Civil Peruano de 1936 parecía admitir que el matrimonio es un contrato y no una institución, ya que se disuelve por

(11) CABANELLAS, Guillermo. Op.cit., Tomo V, Páginas 500 y 501

(12) Cabenalles señala, además, lo siguiente:

"(...) La coincidencia en la discrepancia, la acorde voluntad de los esposos para hacer vida totalmente independiente, puede obedecer a un motivo legítimo para la separación, que el culpable acepte, aun cuando ello no evite el juicio, porque las causas concernientes al estado civil son de orden público. Pero, además, sin fundamento alguno, o reservando la motivación, ciertos textos positivos, como la ley esp. De 1932, ahora sin vigencia, han admitido que los cónyuges puedan divorciarse por mutuo disenso, sin tener que alegar justa causa', sino ese arrepentimiento matrimonial.

(...) No se incurre por ello, en absoluto, en la teoría, en algo audaz, de que el matrimonio no es más que un contrato; y, por tanto, disoluble por consentimiento de las partes, capaces de deshacer lo que han hecho; pero con olvido de la institución social y de los altos intereses que en la célula familiar integrada por el matrimonio se hallan contenidos. En efecto, no produce el mutuo disenso, sin más que formular la voluntad de separarse, la disolución del vínculo conyugal. Para impedir que obedezca a un arrebató momentáneo, a una ofuscación pasajera, el texto citado obligaba a persistir en el propósito, a través de presentaciones semestrales, ya confirmatorias de una incompatibilidad auténtica, de una indiferencia afectiva evidente.

(...) Se ha dicho también que el mutuo disenso constituye fórmula menos hipócrita, como causa de disolución matrimonial, que la de concederla por el prolongado abandono del hogar durante cierto lapso, subterfugio al cual pueden recurrir los casados cuando estén de acuerdo en separarse y la ley reconozca esta causa y no la del desistimiento recíproco."

(13) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.Op. cit., Tomo III, Páginas 382 y 383.

mutuo disenso. Y en este orden de ideas el matrimonio sería un contrato de tracto sucesivo. Pero, según el citado profesor, conviene tener en cuenta que esta norma de dejar sin efecto el contrato matrimonial supone un mutuo disenso **sui generis**, ya que no es suficiente que concurra la voluntad de las partes, sino que se requiere la intervención judicial. Asimismo, para la disolución del matrimonio se exige que haya transcurrido dos años por lo menos, contados desde el día siguiente de su celebración; y que después de dictada la sentencia de separación haya transcurrido un año (actualmente son seis meses). La sentencia misma no disuelve el matrimonio; éste quedará disuelto posteriormente en forma unilateral, por cualquiera de los cónyuges, y si ninguno lo pidiera debe reputarse que el matrimonio subsiste. Por lo tanto, subsistente el matrimonio, vale decir el vínculo, deben funcionar los derechos hereditarios entre ambos cónyuges, los cuales sólo cesan cuando el divorcio se ha producido. Debe anotarse también -según Castañeda- que, no obstante el mutuo disenso y la disolución del matrimonio por este medio, se preservan algunas prestaciones a que dio origen tal contrato, como son las alimentarias.

En lo que respecta a la opinión del Doctor Jorge Eugenio Castañeda, cuando considera que el mutuo disenso en Derecho de Familia tiene carácter **sui generis** porque debe ser aprobado por los Tribunales, estimamos que ese parecer no es del todo acertado, pues el mutuo disenso se celebra con el solo acuerdo de ambas partes, es decir, de aquellos que desean dejar sin efecto un acto jurídico preexistente, celebrado por ellos mismos. Esta afirmación es común tanto al Derecho Civil Patrimonial como al Derecho de Familia. Con ello queremos expresar que el mutuo disenso siempre se celebra con el consentimiento de esas partes, al igual que el matrimonio se contrae en virtud del acuerdo voluntario de ambas partes.

La diferencia radicará en el hecho de que, si el mutuo disenso tiene por objeto dejar sin efecto un contrato, bastará con ese acuerdo para que cesen los efectos de dicho contrato (lo que equivale a decir, que bastará con ese acuerdo para que el mutuo disenso surta sus efectos de inmediato). En sede contractual podríamos calificar al mutuo disenso como una resolución convencional o celebrada por mutuo acuerdo, naturalmente de carácter extrajudicial, cuyos efectos y naturaleza son asimilables a las disposiciones contenidas en los artículos 1370 y 1372 del Código Civil Peruano.

Sin embargo, el mutuo disenso en Derecho de Familia, por la naturaleza de la institución matrimonial y por las concepciones que sobre la familia y el matrimonio han inspirado tradicionalmente al legislador de nuestro país, no resulta de fácil aplicación, pues el matrimonio es un acto que la sociedad y el Derecho consideran de extrema importancia, ya que no sólo tiene relación con

el patrimonio, sino fundamentalmente con la vida de los cónyuges y, eventualmente, con sus descendientes y entorno familiar.

No olvidemos tampoco que el matrimonio es un acto esencialmente formal. Podríamos llegar a decir, incluso, que el matrimonio es el acto formal (**ad solemnitatem**) por excelencia. No existe dentro de la legislación civil peruana ningún otro acto para cuya celebración la ley establezca más requisitos y sancione con más impedimentos. Entonces, dentro de esta lógica, resulta absolutamente coherente que, si se requiere de tantas formalidades para darle nacimiento, se necesite de igual grado de formalidad para hacer cesar sus efectos.

Por último, debe advertirse que el matrimonio es un acto celebrado por una autoridad estatal (municipal), razón por la cual tiene plena lógica que la disolución del mismo se efectúe con aprobación de otra autoridad estatal (en este caso, la judicial).

Por ello consideramos que el mutuo disenso es una figura unitaria tanto en Derecho Civil Patrimonial como en Derecho de Familia, independientemente de los matices anotados respecto a la manera como llega a surtir efectos.

Lo hasta aquí expresado deja en claro que el mutuo disenso, en sus dos ámbitos de aplicación, esto es, el acto jurídico matrimonial -con todas las características que le son propias- y como forma de extinguir obligaciones esencialmente civiles, exhibe un espectro muy amplio.

Por otra parte, la Real Academia de la Lengua Española⁽¹⁴⁾ considera a la expresión “disenso” como sinónimo de “disentimiento” o “mutuo disenso” y señala que en el ámbito del Derecho es la "Conformidad de las partes en disolver o dejar sin efecto el contrato u obligación entre ellas existente." Asimismo, el vocablo “disentimiento” es definido como la "Acción y efecto de disentir"; en tanto que disentir es "No ajustarse al sentir o parecer de otro; opinar de modo distinto."

La citada institución, al referirse a la expresión mutuo, señala "Aplicase a lo que recíprocamente se hace a dos o tres personas, animales o cosas."⁽¹⁵⁾

(14) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 505.

(15) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 941.

Por su parte, Guillermo Cabanellas⁽¹⁶⁾ señala que mutuo disenso es:

"La conformidad negativa que disuelve o deja sin efecto un acto o contrato.

La eficacia del disenso mutuo está afirmada en el Código justiniano: '**Quae consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur**' (Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve). Llevando el mismo concepto a la materialidad, otro aforismo expresa: '**Res oedem modo dissolvi possunt, quo fuerunt colligatae**' (Las cosas pueden separarse de igual modo que se juntaron).

No obstante esas autoridades, la eficacia disolutoria del mutuo disenso se aminora considerablemente por las situaciones vividas, los hechos consumados, los intereses de terceros y el carácter institucional que el consentimiento crea en ocasiones; de modo singular en el matrimonio, que conduce en todos los ordenamientos, incluso en los que admiten el divorcio, a supeditarlos a causas adicionales."

El propio Cabanellas, cuando se refiere al mutuo disenso en las obligaciones, señala que es un "Modo de extinguirlas, basado en que el acuerdo contrario de las mismas partes que las han constituido puede deshacerlas, siempre que no se perjudique a tercero o se viole precepto de orden público. El Código Civil Español y el Argentino no incluyen tal causa entre las que extinguen las obligaciones, pero no se trata sino de un olvido del legislador o de omitir una disposición superflua."⁽¹⁷⁾.

(16) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo V, Página 500.

(17) Sobre el particular, Cabanellas agrega lo siguiente:

"(...) El Tribunal Supremo de España ha variado en este punto fallos previos: luego de resolver precipitadamente que no existen otros modos de extinguirse las obligaciones que los mencionados en el artículo 1.156 del Código (el pago o cumplimiento, la pérdida de lo debido, la condonación, la confusión de derechos, la compensación y la novación) y no otros (sent. del 11 de enero de 1925, que olvidaba también la rescisión y la prescripción), otro fallo, del 5 de diciembre de 1940, estima que la enumeración citada es tan solo enunciativa, no agotadora; y que, por tanto, es admisible la extinción de las obligaciones como consecuencia de la voluntad y libre consentimiento de las partes para darlas por rescindidas.

(...) Debe tenerse muy presente al respecto que todos los textos civiles reconocen la eficacia de la renuncia de derechos (con pequeñas restricciones) y la facultad de remitir o perdonar las obligaciones; y el mutuo disenso, en el fondo, no constituye otra cosa que una combinación, más o menos compleja, de esas atribuciones jurídicas de las personas. Si hubiera que recurrir a una ficción, podría echarse mano de una hipotética obligación nueva con signo contrario para las partes, con una automática compensación. Tampoco ha de olvidarse que no se incurre en culpa por la mora recíproca, indefinida o

4. ***Ambito de aplicación del mutuo disenso dentro de los actos jurídicos.***

El artículo 1313 del Código Civil Peruano de 1984 define el mutuo disenso como el acuerdo de las partes para dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado anteriormente.

A pesar de la amplitud de la definición del Código, según la cual se permite resolver un acto jurídico preexistente, el mutuo disenso no es un modo genérico de extinguir obligaciones (como es el caso del pago, la condonación, la consolidación, etc., mediante los cuales también se pueden extinguir obligaciones extracontractuales), ya que su ámbito está limitado a extinguir obligaciones derivadas de los contratos.

En primer lugar, constituye requisito básico para un mutuo disenso, que previamente las partes hayan celebrado un contrato cuyas prestaciones aún no estén cumplidas, al menos en su totalidad⁽¹⁸⁾, pues no se puede extinguir ni lo que aun no existe ni lo que ya no existe. En igual sentido se expresa Castañeda⁽¹⁹⁾, quien enseña que para admitir el mutuo disenso se exige comúnmente que aquello que es materia de él exista y sea susceptible de producir efectos jurídicos y que el contrato se encuentre perfeccionado, pero que no esté en estado de ejecución o de consumación. Agrega que, de ocurrir

definitiva en el mutuo disenso.

De la semejanza del contrato con la ley, si ésta puede ser derogada por el legislador, debe admitirse por analogía que los legisladores privados poseen también la facultad de derogar las normas que han dictado para ellos mismos. (...) El mutuo disenso, que algunos autores denominan también contrato cancelatorio, admite dos grados, el desistimiento total, incluso con restitución de lo dado o reposición de las cosas posibles al estado primitivo, y la renuncia a proseguir la ejecución. De estar cumplida plenamente una obligación, el concierto para deshacer lo hecho significaría un negocio contrario más que un mutuo disenso del anterior.

(...) Actitud similar a la del mutuo disenso puede apreciarse en la negativa a ratificar ambas partes un acto que no tiene validez por falta de algún requisito que pueden fácilmente llenar. Por ejemplo, ante las simples promesas en los contratos reales, en la posición clásica que exige imperiosamente la entrega de la cosa para la perfección del vínculo, la indolencia al no entregarla o no querer recibirla no es sino un mutuo disenso inicial cuando ninguna parte reitera a la otra su oferta, solicitud o consentimiento primero.

La remisión envuelve en el fondo un mutuo disenso: ya que, como donación, requiere la aceptación del donatario, en este caso el deudor; pues éste tiene derecho a hacer el pago incluso contra la voluntad del acreedor, como demuestra la institución de la consignación."

(18) El requisito relativo a que las prestaciones no deben haberse ejecutado es común a todos los medios extintivos de obligaciones.

(19) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 380 y 381.

esto último, no cabría el mutuo disenso, desde que ya las obligaciones a cargo de los contratantes han sido cumplidas, o sea pagadas, y es, por tanto, aplicable un dispositivo del Código Civil (se refiere Castañeda al Código de 1936) instalado en el título del pago que preceptúa: "El pago total extingue la obligación íntegramente. El pago parcial aceptado, la extingue en la fracción equivalente a su cuantía. La obligación o la fracción de ésta, respectivamente extinguidas, no reviven por el acto rescisorio, ni por la declaración convencional del acreedor y del deudor, ni por la restitución que el primero hiciera al segundo de la cantidad pagada".

En relación al grado de ejecución de las prestaciones contractuales y el mutuo disenso, debe tenerse en cuenta que el único requisito será el que ambas partes que han celebrado el contrato tengan prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre todavía pendiente, no importando el grado de ejecución que haya revestido dicho cumplimiento, siempre y cuando el mismo no haya sido total.

Este contrato debe ser de prestaciones recíprocas, como ya hemos señalado, y debe encontrarse en estado de perfección, es decir, debe tener existencia y ser susceptible de producir efectos jurídicos.

Castañeda⁽²⁰⁾ expresa que lo evidente es que el mutuo disenso funciona sólo en los contratos bilaterales y no en los unilaterales. Esto resulta claro, pues de tratarse de un contrato unilateral (es decir, con una o más prestaciones a cargo de una sola de las partes), el acuerdo de ambas partes de dejarlo sin efecto sería una condonación. En el mutuo disenso, al destruir con su consentimiento el contrato que antes habían formado, las partes deben restituirse lo que recíprocamente hubieran recibido como cumplimiento del contrato.

Para los autores franceses Planiol, Ripert y Esmein, la resiliación es admisible aunque el contrato se hubiera consumado o se encontrara en vía de ejecución (sólo esta última solución nos parece admisible). Así, para ellos, si por ejemplo ya se hubiese transmitido el derecho de propiedad sobre un inmueble y posteriormente se acordase el mutuo disenso, entonces se deberá inscribir éste, por tratarse de una nueva transmisión de propiedad realizada en sentido inverso. Asimismo, en cuanto a los impuestos que devenga el contrato resiliado (alcabala de enajenaciones), debían pagarse nuevamente.

Algunos autores sostienen que el mutuo disenso no sólo se aplica a las

(20) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 382.

obligaciones emergentes del contrato (de acuerdo con el aforismo de que las cosas se deshacen como se hacen), sino que también funciona en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, puesto que nada impide que una persona que tiene obligación de reparar un daño que ha inferido pacte con quien tiene derecho a recibir la prestación en el sentido de dejar sin efecto dicha obligación.

Ospina Fernández⁽²¹⁾, quien es de esta opinión, manifiesta que la autonomía de la voluntad privada en punto de la extinción convencional de relaciones jurídicas preexistentes no se reduce a las que las partes hubieran contribuido a crear mediante un contrato, sino que opera en general respecto de todas aquellas relaciones en que dicha autonomía está legalmente autorizada.

Así, señala, toda obligación, cualquiera sea su fuente (contrato, acto unipersonal, hecho ilícito, etc.), puede extinguirse por el mutuo consentimiento entre el acreedor y el deudor; siendo tal lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1625 del Código Civil Colombiano, que dice: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula...". Se tiene, por tanto, que este texto legal no es una simple aplicación del artículo 1602 que determina la obligatoriedad de los actos jurídicos, especialmente de los contratos, que requiere el mutuo disenso de las partes para deshacer o revocar dichos actos, con repercusión indirecta sobre los efectos de ellos, como las obligaciones que hayan generado, sino que el inciso transcrito implica la consagración, en toda su amplitud, de la eficacia extintiva de las convenciones respecto de cualquier clase de obligaciones e independientemente de su origen.

Entonces, si quienes celebraron un contrato unánimemente disienten de éste -dice Ospina Fernández-, la extinción de las obligaciones emanadas de él obra de modo indirecto. Pero si la convención extintiva se refiere a una obligación concreta, cualquiera que sea su causa, el modo es directo.

No compartimos este criterio (Castañeda tampoco lo hace), ya que el mutuo disenso no opera, como hemos manifestado, en relaciones obligacionales en las que sólo una de las partes se encuentra obligada con la otra, pues aquí la extinción por acuerdo de partes de dicha obligación sería una condonación. Sólo es posible que se configure el mutuo disenso cuando se ha perfeccionado un contrato bilateral.

(21) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 331 y 332.

Asimismo, este instituto importa un consentimiento en sentido contrario al ya formado. Y siendo el contrato una especie del género (acto jurídico) en que debe existir como elemento sustancial el consentimiento (además de sujeto capaz, objeto lícito y forma establecida o no prohibida por la ley), se infiere sin lugar a dudas que el mutuo disenso sólo puede convenirse dentro de un contrato y no en cualquier acto jurídico.

En suma, el mutuo disenso sólo resulta de aplicación a los actos bilaterales o a los plurilaterales (aquellos en cuya celebración intervienen más de dos partes).

Esto puede deducirse de la propia definición de mutuo disenso, en la medida en que el numeral 1313 del Código Civil Peruano alude a que por él las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Ello significa que, si bien el ámbito de aplicación del mutuo disenso trasciende el área contractual, necesariamente tenemos que estar ante actos jurídicos que hayan sido celebrados por dos o más partes. Si se tratara de un acto jurídico celebrado por una parte, como es el caso de la promesa unilateral de recompensa o del testamento, y la parte que lo celebró deseara dejarlo sin efecto, podrá hacerlo recurriendo a la revocación del mismo, siempre que tal situación le esté permitida por la ley y no atente contra derechos de terceros.

Por otra parte, y como ha sido visto, se cuestiona que el mutuo disenso resulte aplicable en los actos celebrados por dos o más partes, pero en los cuales sólo una de ellas asume obligaciones. Si tomamos en sentido estricto el concepto legal peruano de mutuo disenso, no habría inconveniente en asumir que esta figura también resultará de aplicación a los actos bilaterales celebrados a título de liberalidad, tales como el contrato de donación o cualquier otro acto en el cual una sola de las partes se obligue a ejecutar una prestación sin esperar retribución o contraprestación alguna. Pero, reiteramos, en estos casos sería prácticamente imperceptible la línea divisoria existente entre un mutuo disenso y una condonación, en la medida que la figura podría ser fácilmente encuadrada tanto en una como en otra institución.

Por regla general y principio básico, un acto jurídico bilateral o un contrato no puede ser modificado, ni disuelto, ni creado por voluntad de una sola de las partes, salvo que lo hayan acordado en favor de una o de las dos partes o en los casos permitidos por la ley (contrato de arrendamiento de duración indeterminada, artículo 1703), comodato (artículo 1737), contrato de obra (artículo 1786), depósito (artículo 1830), entre otros.

Siendo el contrato el resultado de dos voluntades concordantes, se requiere para su disolución, de ordinario, el consenso de las partes que lo celebraron.

El mutuo disenso, como sabemos, se sustenta en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y es el resultado del acuerdo basado en la recíproca conveniencia de las partes de la relación obligacional de no dar curso ulterior al contrato, es decir, de eliminarlo. Por ello es que el mutuo disenso es un contrato por el que se resuelve el contrato existente, cuya causal (el mutuo interés de las partes para dejarlo sin efecto) es sobreviniente a su celebración (artículo 1371).

En esta línea de pensamiento, Messineo considera al mutuo disenso como un caso de retractación bilateral del contrato realizado mediante un nuevo contrato de contenido igual aunque contrario al del contrato originario, celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse⁽²²⁾.

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 2272, definía la figura del mutuo disenso: "Se acaban las obligaciones, de la misma manera que se formaron, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas.- No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero". Aquí no cabe la menor duda de que, si ha sido el consentimiento el que perfeccionó el contrato, es evidente que un consentimiento en contrario (o mutuo disenso) es el que puede disolverlo.

Por nuestra parte, destacamos que el mutuo disenso podrá ser calificado como una resolución convencional únicamente cuando nos encontremos dentro del ámbito de los contratos. Ello será así dentro del Derecho Peruano, por razones de evidente sistemática, en la medida en que la resolución es una figura que está contemplada únicamente para dejar sin efecto los contratos, mas no los otros actos jurídicos plurilaterales que no tengan carácter contractual. Dentro de tal orden de ideas, solamente se podría decir que el mutuo disenso es equivalente a la resolución en el ámbito contractual.

Empero, como hemos señalado, en el Derecho de Familia no podría recibir la denominación de resolución. En este ámbito simplemente seguirá denominándose mutuo disenso o separación convencional, dentro de la nueva nomenclatura adoptada por el Código Procesal Civil, modificatorio, en esta materia, del Código Civil.

(22) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo II, Página 334.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, sólo es aplicable a los contratos celebrados a título oneroso, y por las mismas razones que descartamos a los contratos celebrados a título gratuito de su ámbito de aplicación, creemos que, si en un contrato a título oneroso una de las partes ya hubiera ejecutado la integridad de sus prestaciones, en tanto la otra todavía tuviera que ejecutar alguna de ellas o una fracción de las mismas, la situación sería muy similar a la de un contrato celebrado a título gratuito y si, en ese estado de cosas, las partes llegaran a un acuerdo para dejar sin efecto el acto celebrado, nos encontraríamos en similar situación que aquélla que nos hacía ver como casi imperceptible la línea divisoria existente entre el mutuo disenso y la condonación.

Citando a Angel Gustavo Cornejo, José León Barandiarán y Giorgio Giorgi, Castañeda⁽²³⁾ afirma que el mutuo disenso es eficaz para extinguir las obligaciones que nacen de la compraventa, antes de que se hubiere cumplido con entregar la cosa y pagar el precio, o las que emerjan de un contrato de locación, de sociedad, etc. Pero señala que también existe doctrina contraria (refiriéndose a Demolombe), según la cual la compraventa no quedaría sin efecto por el mutuo disenso, ya que la transferencia de la propiedad inmueble se perfecciona por el nacimiento de la sola obligación de enajenar (argumento del artículo 949 del Código Civil Peruano de 1984), esto es, por el simple consentimiento y, por lo mismo, se dice, se requiere otra venta del comprador al vendedor, que no producirá efectos retroactivos, sobre todo en daño de terceros.

Sobre este punto, Castañeda comenta que, como en nuestra legislación la compraventa de bienes muebles no es translativa del derecho de propiedad, ya que éste sólo se adquiere por el comprador cuando le hubieren sido entregados, es evidente que el contrato puede ser materia de un mutuo disenso, o sea, quedar sin efecto si el vendedor aún no ha cumplido con abonar el precio.

Para finalizar este punto, señalaremos que el mutuo disenso se celebra por voluntad de las partes y -como regla- no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos, es decir, para que se perfeccione. Por medio del consentimiento se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento; esta extinción tiene fuerza obligatoria. Esto es lo que también se conoce en doctrina como consenso contrario o **contrarius consensus**, y no es más que un contrato para disolver un contrato anterior. Se podría decir que se trata de un contrato liberatorio, ya que no crea sino que extingue

(23) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 381.

obligaciones. Como ha sido visto, la excepción está constituida por el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos y eventual ulterior divorcio, en Derecho de Familia, área en la cual sí se requiere la aprobación judicial del mutuo disenso, para que el mismo sea eficaz.

Hay autores que describen al mutuo disenso (por sus efectos y su origen consensual) como una condonación recíproca y correlativa, puesto que cada parte condona la obligación activa de que es titular. Pero no lo confunden con un contrato gratuito, pues la condonación en esta analogía tiene como contrapartida la condonación que, a su vez, realiza la otra parte.

El mutuo disenso, para su validez, debe reunir los requisitos generales que exige la ley peruana. Si el contrato original fuera nulo, no produciría efecto alguno y, por consiguiente, el mutuo disenso destinado a resolverlo carecería de objeto.

Si el mutuo disenso versara sobre bienes inmuebles, sería un acto susceptible de ser inscrito en el Registro respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2019 del Código Civil.

Como recuerda la Comisión Revisora del Código Civil de 1984⁽²⁴⁾, en fin, el artículo 162, tercer párrafo, del Código Civil regula un supuesto específico de mutuo disenso, en cuanto establece que el representante fingido y quien contrate con él pueden resolver el contrato antes de su ratificación por el interesado.

5. ***La formalidad del mutuo disenso.***

El mutuo disenso es un acto típico que, en sede de obligaciones y contratos, es de carácter consensual.

La Comisión Revisora del Código Civil⁽²⁵⁾ expresa, en criterio que no compartimos, que el mutuo disenso ni siquiera debe ser formal en el caso que deje sin efecto un contrato sujeto a formalidad **ad-solemnitatem**. Señalan que en esta materia el legislador se aparta de la opinión de Francesco Messineo, quien expresa que el mutuo disenso debe revestir igual forma que el contrato

(24) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. Separata Especial sobre Mutuo Disenso y Obligaciones del Comprador publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el día miércoles 12 de diciembre de 1990, Página 7.

(25) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL. BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., Página 7.

originario⁽²⁶⁾, y de Raymundo Salvat⁽²⁷⁾.

Según la Comisión Revisora del Código Civil, el legislador peruano hace suyo el planteamiento de Sánchez Román, que José León Barandiarán recoge en su obra Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Página 582, quien a la letra expone:

"Ella sola, sin el consentimiento, ni se concibe ni existe, además de que está exigida como formalidad de la perfección, no lo está como solemnidad de la disolución del contrato; y sabido es que todos los requisitos de carácter formal no se suplen por interpretación extensiva si la ley no lo establece expresamente. Por otra parte, se pregunta Sánchez Román, ¿cómo sería posible desconocer que el mutuo disenso o acuerdo de voluntades en contrario al que dio nacimiento al contrato, constituirá siempre una excepción irresistible, opuesta que fuera a la demanda de cumplimiento de aquél?".

Castañeda⁽²⁸⁾ expresa que la ley no exige para el perfeccionamiento del mutuo disenso que se cumpla con alguna formalidad, ni aun cuando el contrato que se deja sin efecto se hubiere perfeccionado por escritura pública. Sin embargo, es evidente que debe llenarse la misma formalidad observada en el contrato que se resilia, ya que si con posterioridad al mutuo disenso quien aparece con derecho en el contrato resiliado otorgó cualquier derecho a un tercero, no podría oponérsele a éste el mutuo disenso si constare en instrumento privado.

Asimismo -dice Castañeda-, si habiéndose resiliado un contrato de compraventa de un inmueble que se inscribió en el Registro de la Propiedad, se omitió inscribir dicha resiliación y el comprador, procediendo de mala fe, transfirió, a título oneroso, dicho inmueble a un extraño, quien cumplió con inscribir, no obstante que el mutuo disenso constare en escritura pública, el derecho de propiedad adquirido el tercero es inimpugnable, por aplicación del artículo 1052 del Código Civil (el autor se refiere al de 1936), solución que se produciría a pesar de que la transferencia se operó después de que la venta hubiera sido resiliada, por lo que el comprador había dejado de ser propietario.

Agrega Castañeda que la resiliación extendida en documento privado es, no obstante lo expresado, válida, porque la ley no establece ninguna formalidad

(26) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo II, Página 334.

(27) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 256

(28) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 388 y 389.

especial. Sin embargo, ella producirá efectos entre las partes.

Ni el Código vigente, ni el derogado Código de 1936, le señalan a la figura una forma definitiva, o una forma solemne para su perfeccionamiento, ni para su validez, por lo cual no estaría, en principio, sujeto a formalidad alguna. No obstante lo cual, la opinión que predomina en la doctrina indica que, cuando la ley exige solemnidad para el contrato que se quiere extinguir, la misma formalidad debe seguirse para su resolución, extinción o mutuo disenso. De esta manera si, por ejemplo, el contrato hubiera sido inscrito en los Registros Públicos, será necesario que su extinción se inscriba ahí, principalmente a fin de que sea conocida por todos.

Hemos dicho que en esta materia discrepamos de las apreciaciones de la Comisión Revisora del Código Civil, por cuanto el mutuo disenso, más allá de ser un medio extintivo de la eficacia de los actos jurídicos (condición con la que está regulado en el Código Civil Peruano), cuando versa sobre materia exclusivamente patrimonial, es un contrato, ya que se ajusta al artículo 1351 del propio Código, al ser un acuerdo de dos o más partes destinado a extinguir una relación jurídica patrimonial.

El artículo 1413 del Código Civil, por su parte, prescribe que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Resulta evidente que este numeral es incompleto, ya que los contratos no sólo pueden ser modificados por otros contratos posteriores, sino también regulados o extinguidos, según la lógica que imponen los artículo 1351 y siguientes del Código Civil.

Así, si se tratara de la modificación de un contrato, es evidente que el tema de la formalidad estaría regulado explícitamente .

Pero, si estuviésemos ante un contrato extintivo (caso del mutuo disenso en materia netamente patrimonial), tendríamos que aplicar por analogía el citado artículo 1413 del Código Civil, pues resulta ostensible que, si para sólo modificar un contrato anterior se exige el cumplimiento de la misma formalidad, con mayor razón deberá exigirse tal formalidad para su extinción, entendiéndose que la extinción es el grado máximo de modificación de una relación contractual, al extremo de que se decide variarla tan radicalmente que llega a extinguir sus efectos.

Finalizamos distinguiendo nuevamente, en lo que al mutuo disenso se refiere, acerca de si este acto se circunscribe al ámbito patrimonial o si hablamos del mutuo disenso en Derecho de Familia; ello para referirnos a la

formalidad que de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano debe revestir el mutuo disenso entre cónyuges.

En lo que respecta a esa formalidad, tal como ha sido dicho oportunamente, ella se realiza a través de un proceso judicial, el mismo que se encuentra regulado por el Código Procesal Civil. En el Código Civil la separación de cuerpos es tratada por los artículos 332 y siguientes y el divorcio por los artículos 348 y siguientes. Como sabemos, se puede llegar a una separación de cuerpos o al divorcio por efectos del mutuo disenso, ahora llamado separación convencional en virtud de las modificaciones introducidas al Código Civil por el Código Procesal Civil en 1993.

6. ***Carácter irretroactivo del mutuo disenso.***

En términos generales, podemos empezar señalando que, a diferencia del mutuo disenso en Derecho de Familia, cuyo carácter irretroactivo es absoluto, en Derecho de Obligaciones la irretroactividad puede ser relativizada por las propias partes, quienes en función de la autonomía de la voluntad pueden convenir en que sus efectos se produzcan desde el momento de la formación de la relación jurídica (es decir, desde la celebración del acto jurídico que se desea extinguir), pero sin perjudicar los derechos de terceros. Sin embargo, se trata de algo excepcional, ya que de no mediar acuerdo de partes en este punto concreto, el mutuo disenso opera hacia el futuro.

La Comisión Revisora del Código Civil⁽²⁹⁾, al abordar este tema, señala que los Mazeaud sostienen que el mutuo disenso no produce efecto retroactivo, ya que la voluntad de las partes sería impotente para crearla y en razón de que el sistema del doble contrato garantiza la seguridad de los actos jurídicos⁽³⁰⁾.

Agrega la citada Comisión que Vélez Sarsfield, en las notas que como codificador efectúa al artículo 1200 del Código Civil Argentino, expresa lo siguiente:

"Nada hay más inexacto que decir, como dice el artículo 1134 del Código francés, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, o por causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos

(29) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL. BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., Páginas 7 y 8.

(30) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen III, cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Páginas 10 y 11.

jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos."

La Comisión Revisora también recuerda el parecer de Messineo, quien señala que "La eficacia del mutuo disenso comienza a correr **ex nunc**, por consiguiente, si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, el mutuo disenso no perjudica lo que ya ha sido materia de ejecución"⁽³¹⁾

Según la Comisión Revisora del Código Civil de 1984, el legislador se basó en estas razones para no establecer la retroactividad del mutuo disenso, como sí lo hace respecto a la nulidad, la anulabilidad y la rescisión de los contratos, casos en que el Código Civil expresamente consagra tal retroactividad.

Esta solución, a nuestro juicio, es correcta, porque obedeciendo el mutuo disenso a una causa posterior a la celebración del acto jurídico (el acuerdo de partes), sería erróneo y hasta peligroso que el legislador determine la retroactividad de sus efectos. Sin embargo, nada obsta para que en la práctica las partes convengan en retrotraerlos, sin perjuicio, tal como hemos expresado, del derecho de terceros.

Por otra parte, como quiera que por el mutuo disenso se extinguen las obligaciones creadas por las partes con anterioridad, es consecuencia lógica – en los contratos que no son de ejecución continuada o periódica- que éstas deben restituirse recíprocamente las prestaciones que ya se hubiesen cumplido.

Por ejemplo, cuando se trata de contratos con efectos traslativos, al resolverse el contrato por mutuo disenso en forma automática queda sin efecto el título de adquisición del adquirente.

Supongamos que Hugo vende a Eduardo una cámara de video y se la entrega físicamente acto seguido de la celebración del contrato. Por su parte, Eduardo se compromete a pagar su precio en diez cuotas mensuales. Sin embargo, antes de que Eduardo haya pagado la cuarta cuota, ambas partes acuerdan el mutuo disenso. Evidentemente, Hugo tendrá que devolver a Eduardo la parte que ya ha recibido del precio (a saber, las tres primeras

(31) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo II, Página 335.

cuotas), y éste deberá restituir a Hugo la posesión del bien. ¿Qué ocurre jurídicamente en este supuesto? Pues que Hugo reasume la calidad de propietario, aunque no sea poseedor de la cámara de video; esto, desde el momento en que se convenga en el mutuo disenso. A su vez, Eduardo adquiriría la condición jurídica de poseedor precario, debido a que su título de adquisición se extinguió en virtud del mutuo disenso, hasta que la restituya a Hugo.

En suma, concluimos manifestando que, en términos generales, el mutuo disenso no tiene efectos retroactivos en la medida en que hace cesar los efectos del acto celebrado anteriormente desde el instante en que es eficaz, lo que en materia de Derecho Patrimonial se producirá inmediatamente después de su celebración y en sede de Derecho de Familia cuando quede consentida y ejecutoriada la resolución judicial de la Sala de Familia de la Corte Superior respectiva que apruebe la separación convencional o por mutuo disenso.

La excepción a este criterio, lo reiteramos, es el propio acuerdo de las partes en convenir libremente retrotraer sus efectos para que opere **ex tunc** y no **ex nunc**, siempre y cuando no se perjudique a terceros. De lo contrario, el mutuo disenso obra sólo para el futuro.

7. ***La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero.***

El artículo 1313 del Código Civil Procesal Peruano establece en su parte final que el mutuo disenso se tiene por no efectuado cuando perjudicare el derecho de un tercero. Esta especificación, destinada a proteger al tercero que adquirió derechos de una de las partes con anterioridad al mutuo disenso, consagra una vez más la doctrina de los derechos adquiridos, los mismos que no pueden verse afectados por decisiones privadas.

Siendo éste un principio básico que se encuentra inmerso en nuestro sistema, pudiera parecer una suerte de redundancia plasmarlo en la norma positiva y ciertamente lo es, en términos de rigor conceptual, pero consideramos que no siempre el exceso constituye un pecado, particularmente cuando se trata de resguardar los derechos adquiridos, que es una de las formas de proporcionar seguridad jurídica.

En cuanto al concepto de tercero, Luis Diez Picazo ensaya una definición bastante simple pero contundente: "En puro derecho civil, como se ha dicho alguna vez, con frase gráfica, tercero es el que no es segundo ni

primero. Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes, tercero es el que resulta extraño a tal relación o a tal negocio."⁽³²⁾.

Entonces, no obstante que las partes que integran una relación jurídica obligacional son absolutamente libres para optar por el mutuo disenso, éste no es eficaz si perjudica a un tercero.

Resulta de interés destacar la opinión del Doctor José León Barandiarán⁽³³⁾.

"El mutuo disenso se considerará como no producido en cuanto perjudique derecho de tercero. En efecto, los derechos adquiridos **medio tempore** por terceros no tienen por qué afectarse; para el tercero el nuevo convenio que pone fin al anterior por el cual se transfirió un derecho, que a su vez fue transmitido al tercero, es **res inter alios acta**. La seguridad de los negocios jurídicos justifica sin vacilar la solución legal."

Un ejemplo de este acertado criterio lo constituye el derecho de retracto que surge como consecuencia de una venta. El mutuo disenso, eventualmente acordado por el vendedor y el comprador, no altera ni perjudica la situación del tercero que adquiere la facultad de retraer, ya que su derecho emana de la ley (artículo 1592 del Código Civil) y, por tanto, no requiere que previamente se encuentre inscrito para ser oponible.

Podría ocurrir, sin embargo, que a pesar de la existencia de un tercero que hubiera adquirido derechos de una de las partes, el mutuo disenso celebrado entre éstas no lo perjudicara. En estos casos, el tercero no tendría interés alguno en alegar la ineficacia del mutuo disenso y, de hecho, si lo hiciera, al no poder probar el daño, no procedería la acción. El artículo 1313 es claro al mencionar que debe haber un perjuicio para el tercero. Es decir, no basta que exista un mutuo disenso y un tercero con derechos adquiridos de una de las partes, sino que debe haber un daño para este tercero como consecuencia de la extinción de la relación jurídica (artículo 1313 *in fine*: "Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado").

Sería el caso de una compraventa entre María y Rosa, por medio de la cual ésta transfiere la propiedad de un inmueble a María, quien se obliga a pagar el precio a plazos. Si María recibe una cantidad de dinero de Pedro en

(32) DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen II, Página 373. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979.

(33) LEON BARANDIARAN, José, Tomo II, Página 584.

virtud de un contrato de mutuo, constituyendo como garantía en favor de Pedro una hipoteca sobre el inmueble, y posteriormente ella y Rosa pactan el mutuo disenso respecto de la compraventa del citado inmueble, este acuerdo no perjudicaría a Pedro. El recibiría el pago de María y, adicionalmente, conserva la acción real hipotecaria contra el inmueble, ahora nuevamente propiedad de Rosa.

En suma, el mutuo disenso únicamente puede producir efectos para el futuro y no hacia el pasado. No opera, en principio, retroactivamente. La razón, como hemos explicado, es el eventual perjuicio a terceros. Por ello, si el contrato o la relación jurídica fue resuelta en virtud del mutuo disenso, los derechos constituidos sobre el bien materia de dicho contrato en el lapso que transcurre entre su celebración y el mutuo disenso subsisten, debido a que la voluntad privada de las partes no es soberana si atenta contra los derechos de terceros.

Esta constituye, como sabemos, la única limitación al ejercicio del libre albedrío. Los derechos adquiridos por terceros son las frontera que no puede cruzar la autonomía de la voluntad. Empero, esto no quiere decir que en ningún caso el mutuo disenso puede ser retroactivo, ya que de no existir esta barrera, de no haber terceros que pudieran salir afectados, entonces nada impediría a las partes convenir en que los efectos se retrotraigan hacia el pasado.

Finalmente, debemos precisar que resulta indiferente que el tercero haya adquirido su derecho a título gratuito u oneroso. Sea cual fuere la forma de adquisición, su derecho está amparado, ya que el legislador consideró, siguiendo el criterio del profesor León Barandiarán, que la seguridad de los actos jurídicos justifica la solución adoptada.

La acción de ineficacia del mutuo disenso que promueva el tercero opera de manera distinta a la acción de ineficacia regulada por el artículo 195 del Código Civil, la cual exige, en el caso de los actos a título oneroso, que haya habido dolo de las partes, es decir, acuerdo a fin de causar un perjuicio al derecho del tercero acreedor. En el mutuo disenso resulta irrelevante la mala fe o el dolo, ya que haya habido o no el **consilium fraudis**, el mutuo disenso no puede oponerse al tercero. Como ya hemos explicado, sólo se requiere que el tercero sea perjudicado para que pueda interponer la respectiva acción de ineficacia.

Vemos, pues, que estamos ante una norma de carácter objetivo, en la que la intencionalidad subjetiva de las partes no entra a tallar. Lo único que cuenta es la verificación de los factores de índole objetivo, como, en primer

lugar, si el mutuo disenso resulta perjudicial al tercero, y luego constatar si la totalidad de los actos jurídicos se han realizado fuera de la protección del Registro, si el derecho del tercero proviene de la ley, si dicho tercero ha inscrito su derecho adquirido en el lapso comprendido entre la celebración del contrato original y la concertación del mutuo disenso de éste (es decir, **medio tempore**), si ha habido tradición al tratarse de bienes muebles, etc.

8. ***Excepciones al carácter bilateral del mutuo disenso.***

El profesor Castañeda⁽³⁴⁾ considera que nadie, en forma unilateral, puede desligarse de un contrato sinalagmático, ya que siempre se requiere el consentimiento del otro contratante. Una excepción a este principio -según el propio Castañeda- la encontramos en el contrato de locación de obra a destajo en que el artículo 1562 del Código Civil de 1936 determinaba que "El dueño de una obra a destajo puede separarse del contrato, pagando al empresario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar".

Estima Castañeda que en esta hipótesis legal no es necesario contar con el consentimiento del empresario. El contrato se acaba por voluntad del propietario de la obra. Para el citado profesor sanmarquino constituyen también excepciones al principio de que unilateralmente no puede deshacerse el contrato bilateral, la locación-conducción por tiempo indeterminado, en la que el locador o dueño puede poner término al contrato mediante el aviso de despedida; y el contrato de sociedad en que su duración se pactó por tiempo ilimitado, en el cual el socio puede pedir la disolución, siempre que no proceda de mala fe ni intempestivamente.

Sin duda, el tema planteado por el Doctor Jorge Eugenio Castañeda respecto a que la resolución unilateral de un contrato celebrado a plazo indeterminado, pueda ser considerada como un mutuo disenso, resulta original, pero a su vez cuestionable.

Cuando se celebra un contrato a plazo indeterminado, en virtud de los principios generales establecidos en el Derecho Civil Peruano, ello no significa que ese contrato sea o deba ser "eterno". Las partes, sin lugar a dudas, no estarán obligadas a permanecer ligadas para siempre en virtud de dicha relación contractual. La indeterminación convenida por ellas implica que ambas están de acuerdo (por anticipado) en que el plazo del contrato pueda culminar en el momento en el que cualquiera comunique a la otra, su voluntad de

(34) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 383 a 385.

apartarse, o dicho en otras palabras, de extinguir la relación contractual.

Pero esta situación no significa que, cuando una de las partes haga uso de ese derecho, nos encontremos ante una figura asimilable al mutuo disenso, pues éste implica que cuando se deja sin efecto el contrato, ambas partes están de acuerdo en ello. Podría ocurrir que, cuando se resuelve unilateralmente el contrato, convenga esta resolución a los intereses de aquel que ejerció su derecho, pero no que suceda lo mismo respecto a su contraparte (vale decir, que ésta no se encuentre conforme, satisfecha o de acuerdo con dicha resolución). Sin embargo, dicha disconformidad será irrelevante pues, al ser un contrato a plazo indeterminado, éste puede ser resuelto de manera unilateral.

Por último, en el caso analizado, el derecho a resolver unilateralmente un contrato convenido a plazo indeterminado nace de la voluntad de las partes, pero en el ejercicio de un precepto legal.

9. ***Diferencias y semejanzas entre el mutuo disenso y otras figuras.***

9.1. *Mutuo disenso y nulidad.*

El mutuo disenso se distingue de manera muy nítida de la nulidad de los actos jurídicos.

En primer lugar, debe quedar claro que el mutuo disenso requiere del concurso de ambas partes contratantes, vale decir, que es de carácter consensual; en tanto que la invocación de nulidad de un acto jurídico puede ser consensual (si ambos contratantes están de acuerdo en la nulidad del acto), aunque la práctica enseña que generalmente es aducida por una de las partes, precisamente por aquella que ve afectados sus intereses con la existencia del acto nulo.

En segundo término, para que un acto sea declarado nulo, en la medida en que ambas partes convengan en ello, no requerirán acudir a los tribunales de justicia, pero si solamente una es la que alega la nulidad, necesariamente tendrá que pasar por un proceso judicial. En lo que respecta al mutuo disenso de obligaciones contractuales, éste, según ha sido visto, tiene carácter extrajudicial.

En tercer lugar, cuando un acto se declara nulo, los efectos de la nulidad

se retrotraen al momento de su celebración, pues la nulidad se deriva de un vicio de origen existente al momento en que se celebró dicho acto; además, las consecuencias de la nulidad son la invalidez o invalidación del acto celebrado. En cambio, los efectos del mutuo disenso no son retroactivos y tienen por única finalidad hacer cesar la eficacia del acto celebrado, dejando intacta su validez.

Finalmente, para que se declare la nulidad de un acto jurídico, será necesaria la presencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil. En cambio, para que las partes acuerden el mutuo disenso, ni siquiera requieren expresión de causa.

9.2. *Mutuo disenso y anulabilidad.*

La anulabilidad de un acto jurídico se declara judicialmente, en tanto que el mutuo disenso es extrajudicial.

Por otra parte, un acto anulable es aquel de validez actual pero de invalidez pendiente. Esto significa que podría darse el caso de que nunca se llegara a anular, más aun teniendo en cuenta el breve plazo prescriptivo que para la anulación de los actos jurídicos contempla el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil Peruano (dos años). Si un acto se llega a anular, los efectos de su anulación serán los mismos que los de la nulidad, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 222 del Código Civil. Sin embargo, como se sabe, los efectos del mutuo disenso no son de carácter retroactivo.

Para declarar la anulación de un acto jurídico, debe recurrirse necesariamente a los tribunales de justicia, mientras que el mutuo disenso en el ámbito contractual es de carácter extrajudicial.

Finalmente, la ley (artículo 221 del Código Civil) establece las causales de anulación de un acto jurídico. En cambio, no existe una regulación taxativa respecto de las razones por las cuales las partes pueden dejar sin efecto un acto jurídico por mutuo disenso. Ellas pueden ser de la más variada índole, u obedecen, incluso, al simple capricho de las partes.

9.3. *Mutuo disenso y rescisión.*

La rescisión es una figura contemplada por el Código Civil Peruano para

el ámbito contractual. Concretamente, ella está regulada de manera general en los artículos 1370 y 1372 de dicho cuerpo legislativo. En cambio, el mutuo disenso no se circunscribe al ámbito contractual, sino al de la generalidad de actos jurídicos, siempre y cuando tengan -como hemos expresado oportunamente- carácter bilateral.

Luego, la ley peruana establece contados supuestos en los cuales puede rescindirse un contrato, siendo el caso de la venta de bien total o parcialmente ajeno (artículos 1539 y 1540, respectivamente), la compraventa sobre medida (artículo 1575) y la lesión (artículos 1447 a 1456). Como ha sido señalado en diversas ocasiones, la ley peruana no prescribe ninguna causa para que se pacte el mutuo disenso, lo que equivale a decir que dicho acto se puede celebrar sin que exista causa legal alguna de por medio.

Cuando se rescinde un contrato, ello tiene que producirse necesariamente a través de una resolución judicial⁽³⁵⁾. No cabe la rescisión extrajudicial. En cambio, el mutuo disenso en la esfera contractual es por naturaleza extrajudicial.

Cuando se declara rescindido un contrato, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de su celebración (dado que cuando nos encontramos en presencia de la rescisión, hablamos necesariamente de un vicio de origen). En cambio, el mutuo disenso no tiene efectos retroactivos.

Sin embargo, las figuras jurídicas se asemejan en cuanto a que, luego de rescindido un contrato o acordado un mutuo disenso sobre un acto jurídico, ambos habrán perdido eficacia.

9.4. *Mutuo disenso y resolución.*

La resolución consagra sus normas generales en los artículos 1370 y 1372 del Código Civil. Ella puede ser de carácter judicial o extrajudicial, tal como lo establecen los artículos 1428, 1429 y 1430 del propio Código. Por su parte, el mutuo disenso tiene carácter extrajudicial.

La resolución se basa fundamentalmente en el incumplimiento de una de las partes respecto a las prestaciones que se había obligado a ejecutar

(35) **Artículo 1372.**- "La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. (...)."

en el contrato celebrado, existiendo, además, otros supuestos representativos de resolución, tales como los derivados de la excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446), el saneamiento por evicción (artículos 1491 y siguientes), y el saneamiento por vicios ocultos (artículo 1503 y siguientes), entre otros. El mutuo disenso, en cambio, no requiere la existencia de causa legal alguna para que las partes convengan en él.

La resolución, por lo general, se concibe como unilateral, en la medida en que una de las partes de una relación contractual no se encuentra conforme con el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte o exista alguna otra causal que la motive. En los contratos que las partes dejan sin efecto recurriendo al mutuo disenso, la naturaleza de este acto es diferente.

De otro lado, cuando se resuelve un contrato de manera judicial o extrajudicial, los efectos de dicha resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal que la motivó. El mutuo disenso no tiene efectos retroactivos.

Finalmente, debemos convenir -en lo que a similitudes respecta- que tanto a través de la resolución de un contrato como de un mutuo disenso, lo que se busca es que el mismo sea ineficaz.

9.5. *Mutuo disenso y pago.*

El pago es el medio extintivo de obligaciones idóneo por excelencia, ya que implica la ejecución de la prestación debida de acuerdo a los principios de identidad, integridad y oportunidad. Una vez efectuado el pago, se extingue la obligación, pero por cumplimiento, a diferencia del mutuo disenso, en donde se deja sin efecto un acto jurídico (el mismo que puede contener diversas obligaciones pendientes de cumplimiento). Si se tratara de obligaciones que se dejan sin efecto, esto significa que las mismas se extinguen, pero no porque haya habido pago o ejecución, sino porque las partes acordaron que convenía a sus intereses no ejecutarlas.

9.6. *Mutuo disenso y novación.*

Guillermo Ospina⁽³⁶⁾ señala que en la novación, si bien es cierto que se pacta la extinción de una obligación, simultáneamente se crea otra que la reemplaza.

Ello es cierto, ya que la novación implica necesariamente extinguir una obligación primigenia y crear otra que la sustituye. En cambio, el mutuo disenso importa extinguir, en el caso de obligaciones, las pendientes de cumplimiento, dejándolas sin efecto alguno y no reemplazándolas por ninguna otra.

9.7. *Mutuo disenso y transacción.*

Ospina Fernández⁽³⁷⁾ enseña que en la transacción las partes convienen en sacrificar recíprocamente parte de sus intereses controvertidos, lo que puede envolver la extinción de alguno o algunos de sus derechos; mas su intención no es pura y simplemente ésta, sino la de compensar ese sacrificio con ventajas que estimen equivalentes, siquiera sea la de consolidar situaciones y derechos que, por consiguiente, dejan de ser litigiosos.

Como sabemos, la transacción, además de ser un medio extintivo de obligaciones, en el que las partes se hacen concesiones recíprocas, puede convertirse en un medio creativo, regulador o modificadorio de las mismas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil Peruano. Este carácter eventualmente creador de obligaciones que puede revestir la transacción, no es compartido por el mutuo disenso, ya que a través de esta figura únicamente se extinguen los efectos de un acto jurídico preexistente. Con el mutuo disenso no se deja subsistir obligación o deber alguno, en tanto que con la transacción puede que ello ocurra.

No está demás decir que la transacción sólo puede versar sobre derechos de carácter patrimonial (argumento del artículo 1305 del Código Civil Peruano), en tanto que el mutuo disenso puede recaer tanto sobre actos de carácter netamente patrimonial como sobre otros que fundamentalmente tengan naturaleza distinta, como es el caso del matrimonio.

(36) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 333.

(37) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 333.

9.8. *Mutuo disenso y condonación.*

La condonación es un medio extintivo de obligaciones a través del cual deudor y acreedor se ponen de acuerdo para dejar sin efecto una obligación, a título gratuito, sin que ella se ejecute. Por el mutuo disenso las partes (cada una de las cuales es acreedora de una obligación y deudor de otra) convienen en que el acto que han celebrado quede sin efecto. Por lo demás, la condonación sólo tiene efectos dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos, en tanto el mutuo disenso extiende su ámbito de acción a otras áreas del Derecho, dentro de las cuales se encuentra el de Familia.

10. *Eventual extinción del mutuo disenso.*

Uno de los temas susceptibles de plantear interrogantes es el relativo a lo que ocurriría en caso de que las partes que han dejado sin efecto un acto jurídico por mutuo disenso, posteriormente a su celebración, concertaran otro mutuo disenso, dejando sin efecto el primero.

Este segundo mutuo disenso, por tanto, tendría por objeto dejar sin efecto el primero. Siendo esto así, lo que cabría preguntarse es si revivirían los efectos del acto jurídico original, o si ellos se mantendrían extinguidos.

Es claro, en opinión nuestra, que no existe razón jurídica alguna para considerar impracticable este segundo mutuo disenso. Nada obsta a que las partes que han extinguido una relación jurídica obligatoria, por considerarlo conveniente para sus intereses, la revivan, con lo que el acto original recobraría sus efectos al devenir en ineficaz el primer mutuo disenso. Evidentemente, la autonomía de la voluntad, que comprende la libertad de contratar y a la libertad contractual, faculta tanto para contratar como para modificar, extinguir, cambiar de opinión y volver a dar vida a cualquier relación obligacional.

Si las mismas partes pueden contratar entre sí tantas veces como deseen a lo largo de sus vidas, sin afectar a terceros en sus convenios, ¿porqué podrían estar impedidas de ejercer su autonomía para extinguir un mutuo disenso? No hay norma que lo prohíba, ni expresa ni tácitamente, puesto que nuestro sistema consagra precisamente la autonomía de la voluntad. La única barrera a ello sería el eventual perjuicio a terceros, y esta restricción (**res inter alios acta**) se encuentra atada a cada una de las disposiciones de nuestro cuerpo legal. Por tanto, no existiendo ningún elemento que jurídicamente prive a

la relación obligacional original de su eficacia, en virtud del segundo mutuo disenso la recobraría a plenitud, siempre con la salvedad de preservarse los derechos de terceros.

Asimismo, respecto al argumento que en ocasiones se esgrime acerca de que el eliminar una relación jurídica obligacional y luego hacerla renacer resulta atentatorio contra la seguridad jurídica, la pregunta que de inmediato surge es la siguiente: ¿la seguridad jurídica de quién? Resulta necesario destacar que la seguridad jurídica únicamente puede ser socavada cuando a su vez se atenta contra la justicia y el bien común. La volubilidad de las partes en el ejercicio privado de su libertad contractual no tiene relación con el bien común, como sí lo tendría la volubilidad de los legisladores en la dación de normas legales, pues éstas están dirigidas a la comunidad.

Las decisiones privadas, sean buenas, malas o múltiples, en tanto no afecten a terceros, no resultan lesivas al interés común; por tanto, no vulneran la seguridad jurídica. Más aun, inclusive en el ámbito del Derecho de Familia, nada impide volver a unirse a la pareja que se separó por mutuo disenso; de hecho, este supuesto ocurre en la realidad con mayor frecuencia de la que uno cree.

Finalmente, y retornando al ámbito patrimonial, diremos que el nuestro es un sistema de libre mercado, que se basa en la autonomía privada, la misma que a su vez se consagra a través de la libertad de contratación y, siendo el mutuo disenso un contrato, considerar que esta figura extintiva de obligaciones es atentatoria contra la seguridad jurídica sería equivalente a afirmar que el sistema contractual también lo es.

Lima, junio del 2000.