



## PRESENTACIÓN

Docente encargado de la asignatura de “DERECHO CIVIL OBLIGACIONES”, de la Universidad Andina del Cusco sub sede Sicuani. Con la debida consideración que se merece, entrego el siguiente trabajo que tiene por objetivo afianzar nuestros conocimientos. Ya que es un trabajo de investigación lo cual requiere nuestra carrera, para el ejercicio de tal. Considero predilecto señor docente, que el trabajo de investigación monográfica no está exento de errores y omisiones que de manera involuntaria tal vez he podido asumir, del cual le pido su debida comprensión.

Atentamente

Sus discentes

## LA TRANSACCION

### CONCEPTO

La Real Academia Española define a la transacción como «acción y efecto de transigir» y, por extensión, «trato, convenio, negocio».

Transigir, se define como «consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia». También como «ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.

Nuestro Código Civil define esta figura en su artículo 1302:

*Artículo 1302.- «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.*

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada»

### CARACTERÍSTICAS

La transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales, algunas de las cuales son comunes a cualquier acto jurídico, pero otras —como la relación jurídica y las concesiones mutuas— le son específicas.

Respecto a estas dos características particulares de la transacción, debemos destacar que constituyen el eje sustancial (y no meramente formal) de la figura.

La esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente en el

terreno judicial, la misma que las partes deciden llevar a término en forma definitiva; de esta manera, encausan su voluntad a esa finalidad a través de concesiones recíprocas. Esta última característica, a saber, la voluntad de prevenir o terminar un litigio judicial, traducida en concesiones recíprocas, distingue a la transacción, no solamente de los demás modos de extinción de otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación indagaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación.

## **ASUNTO DUDOSO O LITIGIOSO**

Debemos advertir, en primer lugar, que la transacción no es la solución de cualquier problema, sino la solución de un asunto que debe tener carácter dudoso o litigioso.

Dudoso es aquello «que ofrece duda», «que tiene duda», «que es poco probable, que es inseguro o eventual».4 Duda es la «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia». También es una «cuestión que se propone para ventilarla a resolverla». Por último, dudar es «estar el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros».

En realidad, la definición de un asunto dudoso es sencilla. Un asunto resulta dudoso cuando es susceptible de más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial. Por tanto, el que un asunto sea dudoso no es obstáculo para que sea litigioso, ya que puede revestir ambas características.

Basta, en consecuencia, que el asunto sea dudoso, sin que sea necesariamente litigioso. De mantenerse la duda, no es difícil que devengue en un asunto litigioso. En efecto, puesto que la transacción puede recaer sobre derechos y obligaciones meramente dudosos, no

hace falta que haya pleito pendiente, sino que se dé el elemento de incertidumbre en la relación jurídica entre las partes. Entonces las partes, si así libremente lo desean, pueden prevenir el eventual litigio por medio de la transacción.

Sin embargo, cabe precisar que para que se produzca una transacción no necesariamente tendremos que estar frente a un asunto estrictamente dudoso.

Podría ocurrir que nos encontremos ante un asunto de meridiana claridad, en el cual se precisen con nitidez los derechos y obligaciones que surgen para cada parte, y que incluso estas últimas tengan la certeza de lo que consiste aquello a lo que se han obligado. Aquí, como se puede apreciar, entramos a la esfera de lo litigioso. Para que se considere litigioso un asunto basta el hecho de una eventual negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado, por más pueriles que sean sus argumentos o aun careciendo de ellos.

Lo litigioso puede consistir simplemente en la apreciación o negativa del supuesto deudor. Creemos que aquí el término «dudoso» se confunde con «litigioso», ya que al primero habría que combinarlo con la expresión que le sigue en el artículo 1312 del Código: «evitando el pleito que podría promoverse». Dentro de un raciocinio lógico, si el deudor —aunque claramente tenga esta condición— rehusase efectuar el pago, el acreedor tendría que demandarlo judicialmente y entonces estaríamos ante un asunto estrictamente litigioso (por más clara que fuere la posición del acreedor), que sería susceptible de transacción, en virtud de la expresión que utiliza el artículo 1302: «finalizando el (pleito) que está iniciado».

## **CONCESIONES RECÍPROCAS**

La segunda de las características esenciales de la transacción —la cual también se encuentra establecida en el artículo 1302—, es la presencia de concesiones recíprocas. Esta situación significa que necesariamente las partes que la celebran deben ceder en algo respecto de sus posiciones de origen, para finalmente llegar a un acuerdo por el que ellas, si bien no satisficieron sus expectativas originales, sí lograron un convenio cercano a dichas posiciones. Decimos que debe ser cercano,

pues es precisamente esta cercanía la que les habrá permitido ceder en algo y todavía encontrarse satisfechas con lo acordado.

La valoración de las concesiones es realizada por las propias partes. Por otro lado, la ley no exige que las concesiones mutuas sean de igual valor; la exigencia en una transacción es que haya concesiones recíprocas, no siendo relevante el que una de las partes transija (o ceda) más o menos que la otra. Basta que cada una lo haga voluntaria y espontáneamente, con la finalidad de dar por terminado el conflicto y evitar el litigio que podría promoverse o terminar el ya iniciado.

En ese sentido, la transacción no necesariamente va a recaer en un punto medio, equidistante de las posiciones de origen de las partes. En estricto y en definitiva, lo importante no es que ella recaiga en un punto medio, sino que ella recaiga en un punto intermedio acordado por las partes.

Lo relevante, entonces, es que se ceda en algo con respecto al otro, no importando que aquello que se cede sea de la misma magnitud que lo que cedió la parte contraria.

Asimismo, resulta útil destacar que las concesiones no tienen por qué limitarse necesariamente a prestaciones vinculadas en forma directa al tema dudoso o litigioso. En consecuencia, las partes podrían otorgarse recíprocamente diferentes y variadas concesiones, las que no tendrían por qué restringirse a la materia objeto de controversia.

Por ello, la transacción no implica únicamente la extinción de obligaciones; es mucho más que eso, pues puede dar lugar al nacimiento de otras obligaciones, incluso a la celebración de una serie de contratos, siempre y cuando, utilizándolos, se dé solución al asunto dudoso o litigioso.

## **LA TRANSACCIÓN COMO UN ACTO COMPLEJO**

La transacción, como señalamos al iniciar este análisis, es un acto que puede ser altamente complejo. El Código Civil establece que con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

Es evidente que, cuando se realizan negociaciones para llegar a una transacción, lo que las partes buscan es concluir con el problema suscitado; y si desean esto de modo vehemente, no será raro que recurran a cualquier medio alternativo o complementario para obtener tal propósito. Entonces podría ocurrir que para llegar al acuerdo sobre el o los puntos controvertidos, una parte ofrezca o acepte ofrecer a la otra la realización de alguna prestación complementaria (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer) a lo que es materia de discusión, y de esta forma la otra parte vea satisfechas sus expectativas y a la vez esté dispuesta a llegar a un acuerdo.

En tal virtud, la ley deja abierta esta posibilidad, pudiendo así la transacción comprender asuntos distintos a los que constituían materia de la controversia original. Tales asuntos distintos podrán ser creados, modificados, regulados o extinguidos, ya que las partes tendrán la más amplia libertad de configuración interna respecto de la transacción que deseen celebrar.

Vemos que la transacción puede constituir un acto sumamente simple, pero también uno extremadamente complejo en el que se entremezclen diversas figuras jurídicas típicas y atípicas.

La posibilidad de que con la transacción se creen, regulen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes, significa que la ley les otorga la suficiente flexibilidad requerida a fin de que solucionen sus controversias o problemas entre ellas mismas.

El Derecho es consciente de que con frecuencia las partes no van a poder llegar a solucionar sus problemas recurriendo únicamente a aquellos elementos que constituyen el objeto de la controversia, pues el margen de acción podría resultar reducido. Entonces, dentro de una transacción podemos encontrar diversas figuras extintivas, como la compensación, la novación, la condonación, todo ello, evidentemente, dentro de un marco contractual que a su vez crea nuevas obligaciones. La transacción engloba, pues, una serie de actos, siendo ante todo un contrato cuyo objeto es solucionar dificultades que han emergido de una relación jurídica obligacional preexistente, es decir, extinguir (por medio de las concesiones recíprocas) las obligaciones materia de conflicto.

Ahora bien, si a través de un acto transaccional las partes no sólo extinguieran obligaciones, sino que crearan otras nuevas, es natural

que cualquier controversia nacida con respecto a estas obligaciones constituirá materia susceptible de reclamo o de eventual discusión en los Tribunales de Justicia. Ciertamente podrían producirse incumplimientos de las obligaciones que las partes hayan asumido ejecutar en el futuro como parte del acuerdo transaccional y, por ende, podría resolverse este contrato por inejecución de obligaciones, vale decir, le serían aplicables las normas generales de resolución por incumplimiento contenidas en el Código Civil respecto a los contratos con prestaciones recíprocas.

### **LA SUPUESTA NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCIÓN CONTENGA RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCIÓN FUTURA**

El artículo 1303 del Código Civil nuevamente deja en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. Ambas partes se hacen concesiones recíprocas y renuncian a cualquier acción sobre el objeto de la transacción. Se trata de una renuncia recíproca, esencial para la existencia de la transacción. Ambas partes deben perder algo y ganar algo con la pérdida de la otra y, por último, ambas renuncian expresamente a accionar en contra de la otra respecto al punto materia de la transacción. La onerosidad y bilateralidad (sinalagma) se encuentran presentes como elemento eje de este acto.

El texto del referido artículo es el siguiente:

*Artículo 1303.- «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».*

Ahora bien, el sentido del artículo bajo comentario resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser, la misma que consiste en no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso o terminar el pleito judicial en curso o evitar iniciar uno. La eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Tales beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella.

Puesto que los efectos de no revisar dicho acto se deducen de la naturaleza misma de la transacción, siendo ésta irrevisable, no se requeriría, en estricto, efectuar la precisión que este artículo prescribe imperativamente. En cualquier caso, habiéndose señalado en la norma que define a la transacción su valor de cosa juzgada, resulta incuestionable que las partes ya no podrán promover acción alguna sobre el asunto transigido.

Nos parece que el requisito establecido por el legislador de consignar en la transacción la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga la una contra la otra sobre el objeto de dicha transacción, es más de carácter recordatorio para las partes respecto del punto final que están poniendo a la discusión, que un verdadero imperativo legal.

Además, puesto que habiendo impuesto la ley una forma, mas no sancionando con nulidad su inobservancia, entonces no se trata de una formalidad ad solemnitatem, sino ad probationem, que constituye el supuesto bajo comentario. Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaren por escrito dicha renuncia, consideramos que tal omisión no acarrearía necesariamente la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional, por más que la norma sea de carácter imperativo (emplea el término «debe»). La renuncia constituye, a nuestro entender, un agregado menos necesario para el Derecho, que útil para las partes contratantes, en el sentido de sólo recordarles que la transacción celebrada no podría impugnarse en el futuro (esto en términos psicológicos, ya que tales seguridades de todas formas existen, puesto que la renuncia está implícita en la transacción misma). Parece conveniente, sin embargo, no omitir tales expresiones en una transacción, porque un juez rigorista podría pretender fulminarla de nulidad.

## **FORMA DE LA TRANSACCIÓN**

De acuerdo con su formación, los contratos pueden ser consensuales, formales o reales.

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una forma, bajo sanción de nulidad (ad solemnitatem). De esta manera, en el artículo 1304 del Código Civil Peruano se dispone lo siguiente:

Artículo 1304.- «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio».

Es requisito indispensable para su formación o celebración el que se haga por escrito, en el caso de transacción extrajudicial o por petición al juez (evidentemente también por escrito) en el caso de la transacción judicial. Esto no obsta, naturalmente, para que, existiendo juicio, las partes puedan transigir por convenio privado y cualquiera de ellas presente un ejemplar del mismo en el litigio, con lo que concluiría el proceso.

Resulta interesante observar cómo el criterio de formalidad o solemnidad para este acto tiene diverso tratamiento, en función al tipo de obligación que se contraiga por medio de las concesiones recíprocas. Al examinar la solución adoptada por el Código Civil de 1984, es claro que, habiendo considerado la existencia previa de un contrato o relación jurídica obligacional, además de un conflicto respecto de algún punto interno de ésta, sumado a los actos de disposición que implican las concesiones recíprocas y al carácter de cosa juzgada de la transacción, el legislador de 1984 llegó a la conclusión de que era indispensable otorgar seguridad plena a las partes, exigiendo una formalidad ad solemnitatem.

Conviene subrayar que esto se da tanto en la transacción judicial como en la extrajudicial. Ello quiere decir que, en el caso de la transacción, la forma es constitutiva del acuerdo; sin la forma no existe transacción. Es de relevante importancia que las concesiones mutuas consten por escrito, a fin de que ambas partes tengan a su alcance un medio accesible para probar la existencia del acuerdo transaccional.

## **TRANSACCIÓN SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD. EFECTOS**

Podría ocurrir que la obligación sobre la cual se transija fuera nula o anulable.

Estos casos se encuentran previstos por el artículo 1308 del Código Civil: Artículo 1308.-

*«Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción».*

Al analizar la norma contenida en el artículo 1308 resulta necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad en las transacciones.

La nulidad, como bien sabemos, tiene lugar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de las partes. En caso de anulabilidad, la nulidad existe potencialmente (el acto tiene una «validez actual», pero una «invalidez pendiente»); sólo se requiere, conforme al artículo 222 del Código Civil de 1984, que el magistrado la compruebe y la declare.

Una vez pronunciada la sentencia que declara la nulidad, ya no es posible transigir, porque la transacción se refiere a la acción que pueden intentar las partes respecto de una obligación o un asunto que existe, y la nulidad lo ha eliminado: ya no existe. No se puede transigir sobre lo que ya no existe. Por ello la transacción es también nula. Entonces están excluidas de la transacción las obligaciones que adolezcan de nulidad absoluta y las obligaciones anulables que han sido judicialmente declaradas nulas.

Ahora bien, la primera parte del artículo 1308 es, en realidad, una norma que fluye de la lógica jurídica, de modo tal que sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto.

Un acto nulo tiene esta calidad y la tendrá siempre. No cabe convalidarlo porque no existe (independientemente de la distinción teórica entre inexistencia y nulidad, ajena a nuestro Derecho positivo). Y de admitirse principio contrario al establecido en la norma bajo comentario, se estaría dejando abierta una vía para que lo nulo, bajo la forma de una transacción posterior, pudiese llegar a tener algún valor para el Derecho y, por tanto, surtir efectos, solución que, además de absurda, sería muy peligrosa.

No olvidemos que la transacción se celebra necesariamente (cuando tiene como base actos y no hechos jurídicos —caso de la responsabilidad extracontractual—) a partir de actos jurídicos previos que hayan dado origen a las obligaciones o materias ahora controversiales. En tal sentido, apoyará todos sus fundamentos en estos actos primigenios. Y por lo tanto, su eficacia o posibilidad de eficacia estará en relación directa con la de dicho acto. Así, los vicios

que afecten al primer acto, afectarán también al segundo. Aquí tenemos dos actos que si bien parecen independientes uno del otro, no lo son en realidad. De allí que, si el acto primitivo fuese nulo, la transacción que versa sobre dicho acto también lo sería, siendo irrelevante el hecho de que las partes hubiesen conocido acerca de esta nulidad.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto, el Código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto y, a sabiendas, celebran una transacción sobre el mismo, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. Decimos confirmación tácita, ya que en virtud del artículo 231 del propio Código se establece que el acto queda confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad; y, sin lugar a dudas, la celebración de la transacción, sabiendo que el acto originario era anulable, configurará un supuesto de confirmación del acto jurídico.

En tal sentido, la transacción celebrada en estas circunstancias tendría un doble efecto: por una parte, confirmar un acto jurídico y, por otra, constituirá una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Insistimos en que la solución dada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es distinta, en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua, el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de validez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como «en suspenso», la misma que podrá o no tener lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

## **MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL**

La última de las normas en las que se regula la transacción en el Código Civil de 1984, esto es, la contenida en el artículo 1312, se refiere a la

forma en que aquélla se ejecuta: Artículo 1312.- «La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva».

El artículo 1312 del Código Civil Peruano abarca también a los supuestos en que existan derechos dudosos, pero no sometidos a debate judicial. La finalidad, al igual que en la transacción judicial, es agilizar la ejecución de la transacción. Por ello, a fin de asegurar su eficaz cumplimiento, el legislador le atribuyó carácter de título que apareja ejecución, además de la fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico confiere a todo contrato.

Luego de entrar en vigor el Código Procesal Civil que hoy nos rige, desde el 28 de julio de 1993, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial han pasado a tener regulación expresa en el referido cuerpo normativo, quedando derogadas las normas que, al respecto, recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Conviene señalar que los procesos de ejecución se encuentran normados en los artículos 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

## **MUTUO DISENSO**

## 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, 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.

El mutuo disenso 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 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, como para hacer surgir obligaciones contractuales y extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales, 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.

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 Reformadora del de Código Civil de 1936, que originó el Código Civil de 1984 hoy vigente, 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.

## **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.

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».

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 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.

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 consiste en 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.

## **ÁMBITO 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:

Artículo 1313.- «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado . 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, pues no se puede extinguir ni lo que aun no existe ni lo que ya no existe.

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 y debe encontrarse en estado de perfección, es decir, debe tener existencia y ser susceptible de producir efectos jurídicos.

El mutuo disenso no opera 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.

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 (aquéllos 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, 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). Debemos destacar 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 enominación 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.

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 aquella que nos hacía ver como casi imperceptible la línea divisoria existente entre el mutuo disenso y la condonación.

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 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.

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 la 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.

## **LA FORMALIDAD DEL MUTUO DISENSO**

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

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.

En nuestra opinión 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, dispone 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 artículos 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.

### **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.

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 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 deban restituirse recíprocamente las prestaciones que ya se hubiesen cumplido.

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

### **LA INEFICACIA DEL MUTUO DISENSO CUANDO PERJUDICA EL DERECHO DE TERCERO**

El artículo 1313 del Código Civil peruano establece en su parte final que el mutuo disenso se tiene por no efectuado cuando perjudique 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.

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.

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.").

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.

Ésta constituye, como sabemos, la única limitación al ejercicio del libre albedrío. Los derechos adquiridos por terceros son las fronteras que no puede cruzar la autonomía de la voluntad.

Empero, esto no quiere decir que en ningún caso el mutuo disenso pueda 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 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.