



Felipe Osterling Parodi(\*) y Mario Castillo Freyre(\*\*)

## El **mutuo disenso** en el Código Civil

### *Mutual consent in the Civil Code*

“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”.

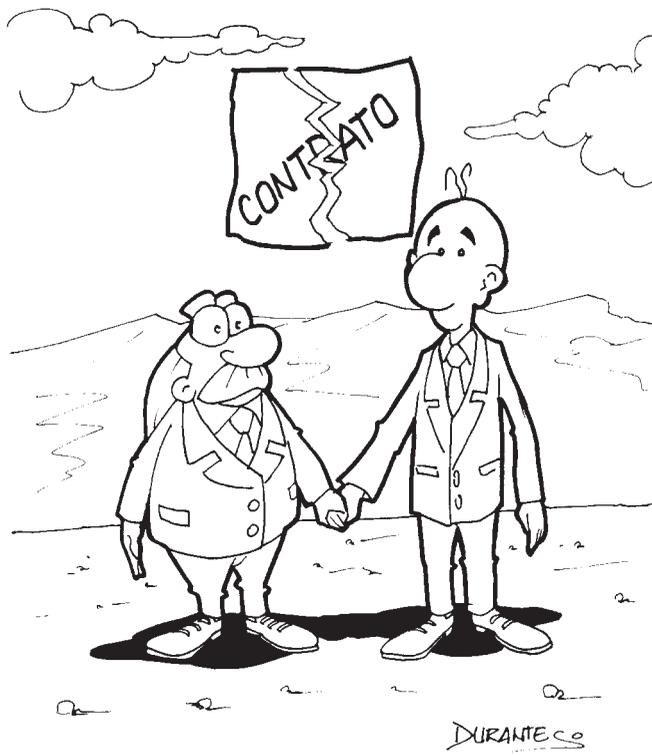
**Resumen:** El mutuo disenso es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Se trata, entonces, de un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, con el cual se elimina, en virtud de la voluntad de ambas partes, el acuerdo anterior. En el presente artículo, los autores se encargan de analizar el contenido del artículo 1313 del Código Civil y precisar los alcances y limitaciones de esta figura.

**Palabras clave:** Mutuo disenso - Obligación - Contrato - Derecho de Familia - Formalidad - Ineficacia

**Summary:** The mutual consent is a mean used to extinguish obligations coming from a consent granted from an opposite or contrary manner against the original one. This is, therefore, a contract which essence is exactly opposing to the formalization of the binding relation, with which is terminated the former agreement, under the will of both parties. In this article, the authors are responsible for analyzing the subject-matter of article 1313 of the Civil Code and to specify the extent and limitations of this figure.

**Keywords:** Mutual consent - Obligation - Contract - Family Law - Formality - Ineffectiveness

- 
- (\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Profesor del curso de Obligaciones en dicha universidad, además de 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. 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, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio de Osterling Abogados.
- (\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la misma casa de estudios. Doctor en Derecho en dicha universidad. Profesor principal del curso de Obligaciones y del curso de Contratos en la mencionada universidad. Además es catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre.



## 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.

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”.

En efecto, así como el contrato privado celebrado libremente entre dos partes (cuyas únicas restricciones o limitaciones

“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”.

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. Solo 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



## Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

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 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 estos), por motivos didácticos y de ayuda a los operadores del Derecho, más que por sistemática.

## 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.

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, numeral 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 numerales 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

## El mutuo disenso en el Código Civil *Mutual consent in the Civil Code*

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 extra patrimonial, 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, etcétera., 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.

### 3. 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, etcétera, 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



## Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

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

El mutuo disenso no opera en relaciones obligacionales en las que solo una de las partes se encuentra obligada con la otra, pues aquí la extinción por acuerdo de partes de dicha obligación sería una condonación. Solo 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 solo 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, 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 sobrevenida 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, más no los otros actos jurídicos plurilaterales que no tengan carácter contractual. Dentro de tal orden de ideas, solamente se podría decir

## El mutuo disenso en el Código Civil *Mutual consent in the Civil Code*

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.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, solo 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.

### **4. 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.



## Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

El artículo 1413 del Código Civil, por su parte, dispone que las modificaciones del contrato original deban efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Resulta evidente que este numeral es incompleto, ya que los contratos no solo 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.

### **5. 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 extingan las obligaciones creadas por las partes con anterioridad, es consecuencia lógica, en los contratos que

no son de ejecución continuada o periódica, que estas 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.

### **6. 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 este un principio básico que se encuentra inmerso en nuestro sistema,

## El mutuo disenso en el Código Civil *Mutual consent in the Civil Code*

podiera 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, este 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 estas 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, solo 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, etcétera. (24)