

APUNTES SOBRE LA TRANSACCIÓN DEL DERECHO PROCESAL AL DERECHO DE OBLIGACIONES Y VICEVERSA

*José Alvaro Quiroga León**

A mis padres que ya se fueron y siguen juntos.
A mi hermano Juan Manuel, compañero de las horas peores y también de las mejores.

La transacción llamó nuestra atención desde las aulas universitarias como una figura transversal que tiene tanto naturaleza civil contractual como también contenido procesal.

Ocurre que nuestra experiencia docente y profesional ha estado siempre con un pie en el Derecho Civil y otro en el Derecho Procesal, de forma que la transacción era uno de los muchos ejemplos con los cuales se puede demostrar que las fronteras entre los diversos campos del Derecho se diluyen cuando el Derecho es observado en su versión dinámica, es decir en la vida real y con mayor razón cuando el escenario es de conflicto.

Consideramos que en tales circunstancias toda discusión jurídica requiere –si pretende ser seria y eficaz–, de la perspectiva procesal. Quien analice un litigio contractual, por ejemplo, sin evaluar los aspectos procesales, hará, sin

la menor duda, un trabajo parcial y es muy curioso que ello no sea claramente percibido por el común de las personas, incluyendo abogados, porque es imprescindible recordar que cuando se presenta un litigio, los derechos de las personas no se decidirán en los libros ni en las oficinas de los abogados, sino en el despacho de un juez.

La sola posibilidad de que esto sea así, debería ser suficiente para entender que el llamado Derecho Sustantivo sólo está separado del Derecho Procesal para efectos académicos.

Es por ello que pensamos que, si el escenario es litigioso y es muy probable que la discusión llegue o termine ante un órgano jurisdiccional es poco prudente no hacer «prevención procesal», incorporando el análisis de las normas procesales que permiten o dificultan la defensa de los intereses en

discusión. En realidad, consideramos casi como una verdad de perogrullo, que al negociar, celebrar, ejecutar o modificar cualquier acto jurídico, en tanto es susceptible de ser cuestionado judicialmente, se deberían tener a la vista las consideraciones procesales que influirán en la eventualidad de un conflicto.

Contra lo que se pueda pensar, es nuestra opinión que hacer prevención procesal constituye la mejor forma de disminuir las posibilidades de que una de las partes encuentre los incentivos perversos por los cuales le sea más atractivo incumplir y litigar que cumplir con sus compromisos o buscar un nuevo acuerdo. Se trata de otra realidad que grafica la abundancia de vasos comunicantes entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho Procesal de la que poco se dice en ámbitos académicos, pero que constituye el día a día de abogados y litigantes.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirección electrónica: jquiroga@puccp.edu.pe

La transacción como objeto de estudio, pero más aún como herramienta jurídica, se desenvuelve en este tipo de contexto de múltiples dimensiones y pone en cuestión clasificaciones muy arraigadas en la docencia y la práctica jurídicas. Siendo el jurídico un entorno en el que todos parecemos fascinados con la idea de clasificar figuras e instituciones para disecarlas y encasillarlas en alguna de las ramas del Derecho que, a su vez, asumimos como separadas o separables —como si de verdad existieran varios derechos— la transacción aparece como la figura rebelde que no se deja encasillar, porque no se le puede confinar a tales parámetros. La transacción es una prueba de que tales encasillamientos son artificiales, probablemente útiles en ciertas etapas del aprendizaje jurídico, pero artificiales.

En nuestra opinión, la única justificación para diferenciar ramas en el Derecho, tales como Civil, Penal, Laboral, Societario o Constitucional radica en la necesidad metodológica de presentar por separado un universo que, de otro modo, resulta agobiante por lo vasto de sus materias, para quien pretenda conocerlo o enseñarlo.

Ahora bien, si la separación en ramas gruesas como las descritas, es meramente operativa y un conocedor del Derecho debe operar con ellas reconociendo que se trata de una forma de describir un todo unitario, las dificultades y la necesidad de aguzar los sentidos se potencian cuando descendemos a ramificaciones más finas, y por ello, más artificiales, como las de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal Laboral o Derecho Procesal Constitucional, porque las especialidades o características propias de

cada una de estas categorías del Derecho, en forma alguna, eliminan la realidad, de que siguen siendo «ramas» que se alimentan (o deberían alimentarse) de la rama común, que es el Derecho Procesal, que a su vez, como todas las ramas, existe como parte del todo que constituye el Sistema Jurídico.

La transacción atraviesa estas clasificaciones y es un ejemplo de lo inútil que puede ser la arraigada costumbre de diferenciar o jerarquizar los actos jurídicos en función de una mal llamada naturaleza «sustantiva» o «adjetiva», porque, ¿la transacción es un acto jurídico civil o procesal?

Tal vez sea buen ejercicio para el lector tratar de contestar esa pregunta antes de leer lo que sigue y volverla a plantear al final. De hecho, esa pregunta es la que inició nuestro interés por el tema.

Una primera forma de aproximarse a la transacción, sobre todo en un comentario con vocación exegética como éste, es constatando que es una institución jurídica con regulación legal, tanto en el Código Procesal Civil como en el Código Civil.

El Código Procesal Civil regula a la transacción en su Sección Tercera, correspondiente a la Actividad Procesal y dentro de ella, en el Título XI que corresponde a las «Formas Especiales de Conclusión del Proceso». Podemos partir, entonces, describiendo a la transacción, desde la perspectiva del Derecho Procesal, como una forma especial de conclusión del proceso.

No es ocioso precisar que la mencionada naturaleza «especial de la transacción» —que comparte

con las otras figuras procesales reguladas en el Título XI como la conciliación, el allanamiento, el desistimiento, y el abandono—, como puede intuirse, consiste en que estamos ante una de las formas por las cuales la conclusión del proceso ocurrirá de modo distinto al modo natural u ordinario que consiste en que, culminadas todas las etapas del proceso, se emita una sentencia definitiva, a la que seguirá —de ser el caso— su ejecución, espontánea o forzada.

En el artículo 334 del Código Procesal Civil, al regular la oportunidad de la transacción se establece que en cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia.

Se trata, pues, desde esta perspectiva, de una forma de componer un conflicto. Vale la pena, entonces, intentar un pequeño esbozo que nos permita ubicar a la transacción dentro de la teoría general de la composición de conflictos, cuya primera división nos presenta tres campos i) la autodefensa, ii) la autocomposición, y iii) la heterocomposición.

Como es evidente la transacción se ubica entre los medios autocompositivos, empecemos, entonces, por los otros, dejando esta categoría para el final.

La autodefensa, entendida como una forma por la que el conflicto es compuesto o solucionado de manera directa por una de las partes involucradas —por propia mano—, si bien es una forma de composición en retroceso por su evidente cercanía a las «vías de hecho» poco pacíficas, se man-

tiene autorizada en determinados supuestos como el de la «defensa posesoria» regulado por el artículo 920 del Código Civil, que permite al poseedor repeler la fuerza que se emplee contra él para recobrar un bien teniendo como límite las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

En nuestra opinión, también debe considerarse autodefensa el supuesto del artículo 967 del mismo Código, que permite al colindante directamente cortar las ramas que ingresan a zona de su propiedad.

En el ámbito penal está el supuesto de la «legítima defensa», regulada en el artículo 85, inciso 2 del Código Penal, que permite repeler un peligro mediante medios razonablemente proporcionales al ataque.

La heterocomposición engloba las formas en las que se presentan dos características: i) el conflicto se resuelve con intervención de un tercero ajeno a las partes; ii) la decisión del tercero es vinculante para las partes y ejecutable de manera forzosa.

Como puede apreciarse, estas características concurrentes determinan que no basta la participación de un tercero para que estemos frente a una fórmula heterocompositiva, como podría pensarse en el caso de una mediación (en que un tercero acerca a las partes y propone soluciones) o una conciliación asistida, ya que si el pronunciamiento del tercero queda como una sugerencia sujeta a la decisión de las partes, que finalmente pueden aceptarla o rechazarla, es evidente que no será el tercero sino las partes las que terminarán componiendo el conflicto y eso corresponde a una fórmula autocompositiva.

La heterocomposición ocurre cuando la solución del conflicto queda totalmente en manos de un tercero que tiene la autoridad para que su decisión sea impuesta, con independencia de la voluntad de las partes. Si la sujeción a la decisión del tercero se hace acudiendo a un «juez» privado, estaremos frente a un arbitraje. Si, en cambio, se acude a un juez provisto por un órgano jurisdiccional estatal, estaremos frente a un proceso judicial.

En este punto nos permitimos traer una reflexión, que antes hemos expuesto en el artículo «Conciliar, transigir o litigar, sobre qué y por qué», publicado en la Revista *Medio Empresarial*, y que intuimos puede rescatarse aquí, para dejar expuesto nuestro parecer en relación a las frecuentes opiniones que, con tanta ligereza, se hacen en contra del proceso judicial, como si ésa fuera la forma de resaltar las bondades de los llamados métodos alternativos de solución de conflictos. Es un intento de esbozar una explicación sobre la verdadera dimensión de cada alternativa.

Uno de los pilares sobre los que se sostiene la paz social, que implica la estabilidad de las reglas de juego y la garantía de que serán respetadas, de modo que sean posibles las actividades diarias, es la capacidad que tenga la sociedad de absorber los conflictos, es decir, la eficacia que desarrolle una sociedad para evitar la violencia cuando surge un desacuerdo. En estas líneas nos vamos a ocupar de tres formas de solucionar conflictos: Conciliación, Transacción y Proceso Judicial.

Existe una generalizada opinión, incluso entre abogados y profe-

sores de Derecho, según la cual ir a juicio significa mantener una controversia, pelear y no solucionar nada, mientras que llegar a una transacción o conciliación, sí se percibe como una forma de solucionar un conflicto. Admitir que eso sea cierto supondría aceptar que un proceso judicial no es una forma de solución de conflictos, y entonces ¿qué es? ¿Es verdad siempre que más vale un mal arreglo que un buen juicio?

El elemento común entre una transacción y una conciliación consiste en que quienes mantienen un conflicto de intereses, lo solucionan a través de un acuerdo.

Según nuestra legislación, si se soluciona o se evita un litigio haciendo mutuas y equivalentes concesiones (es decir, que una parte hace renunciaciones parciales a cambio de las que, a su vez, hace la otra parte), estaremos frente a una transacción. Se trata de un acuerdo que debe celebrarse por escrito y que puede ejecutarse por la vía ejecutiva, es decir, en un proceso de plazos cortos y posibilidades de defensa limitadas.

Si las concesiones no son necesariamente mutuas ni equilibradas (pero siempre legales) estaremos frente a una conciliación. Además de que existe libertad para conciliar en el ámbito privado, nuestra legislación determina que, de manera previa a un proceso judicial, en el que habrán de ventilarse cuestiones de naturaleza conciliable, se debe acudir a un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia, a fin de pasar por una o más sesiones en las que un conciliador, también acreditado, propicie el acuerdo que evite el proceso judicial.

Adicionalmente, dentro del proceso judicial se prevé un momento en el que el juez está llamado a proponer la conciliación, sin perjuicio de que las partes puedan buscarla en cualquier momento, antes de la sentencia final.

Como ya se ha dejado entrever, existen materias que no pueden ser negociadas y acordadas por los particulares, y por ello, están fuera del universo de lo transigible o conciliable.

Así, por ejemplo, las obligaciones establecidas por el Derecho de Familia relativas a las relaciones personales, las cuestiones relacionadas a derechos fundamentales o irrenunciables o aquéllas que importan al interés público, son por su naturaleza no conciliables.

Desde esta perspectiva, las formas autocompositivas de solución de conflictos requieren, primero, que la materia sea conciliable, y segundo, que el propio conflicto se agote y dé lugar a una solución aceptada por las partes. Esto significa que la aparición de los acuerdos ocurre en el momento en que desaparece el conflicto, es decir, sólo cuando ya no hay conflicto, puede haber acuerdo.

Tal vez sea cuestión de segundos, pero para que se pase del conflicto al documento acordado, tiene que haberse agotado el conflicto. Entonces, estas formas de solución, siendo muy importantes, no son, como método, suficientes en sí mismas para asegurar el agotamiento del conflicto, requieren el acuerdo de cada una de las partes, puesto que, iniciado el proceso de negociación o conciliación, bastará que una de las partes se niegue a continuar para que dicho proceso termine sin resultado alguno.

Dicho todo lo anterior, podemos apreciar que la aparente dificultad para reconocer que el proceso judicial es, por excelencia, una de las formas de composición de conflictos, proviene precisamente de la característica que le proporciona mayor valor. Es la posibilidad de solucionar un conflicto en las condiciones más adversas, además con una solución inevitable, que radica la mayor fortaleza del proceso judicial, veamos por qué.

Llegar al final de un proceso judicial supone que el conflicto se ha mantenido irreductible, que no hay acuerdo entre las partes, razón por la cual la solución, en justicia —una sentencia del órgano jurisdiccional— será impuesta a la parte vencida con el uso de la fuerza pública, si fuera necesario, es decir, sin importar si el afectado está de acuerdo o no.

Es cierto que si la solución no se da «en justicia» o si luego de darse no es «efectiva» el sistema pierde prestigio, pero lo mismo podrá decirse de los acuerdos no respetados. Si bien cada sentencia «injusta» o inejecutada afecta al sistema de administración de justicia, no creemos que sea razonable descalificar al sistema sino, por el contrario, lo razonable y urgente será solucionar las causas de las deficiencias y hacerlo sólido, con mayor razón si consideramos que las alternativas no están libres de similares deficiencias, pero sobre todo porque finalmente, también es posible que los acuerdos deriven en nuevo litigio y regresen a ser discutidos en un proceso judicial.

Si las cosas son así, es útil reformular nuestra percepción sobre el maltratado proceso judicial, y

recordar que *transigir* y *conciliar* son formas de solucionar conflictos en condiciones en que las partes involucradas aceptan solucionarlos, ¡qué bueno!, mientras que un proceso judicial es la forma civilizada y pacífica de solucionar un conflicto en las peores circunstancias; es decir, cuando las partes, o al menos una de ellas se niega a solucionarlo.

Cuando se consigue conciliar o transigir, podremos atribuirle el logro a la razonabilidad de las personas, a la habilidad de los conciliadores o asesores, mientras que cuando se ejecuta una sentencia, el logro es del sistema social, que ha sido capaz de solucionar un conflicto e imponer la paz social, aun en contra de la voluntad litigiosa de las partes.

En resumen, si la conciliación y la transacción reemplazan o equivalen a la diplomacia y es bueno que funcionen, el proceso judicial reemplaza a la guerra y es imprescindible que funcione, porque en eso se juega la seguridad y la paz de una sociedad.

Expuesta nuestra opinión sobre la real y poco percibida dimensión del proceso judicial, regresamos al tema central.

La autocomposición supone que las partes, por negociación directa o con intervención de un facilitador o mediador, arriben a una fórmula consensuada por la que su controversia quede resuelta, mediante un acto que se denominará conciliación o transacción, pudiendo diferenciar a la segunda porque resuelve controversias de contenido patrimonial, y contiene, tanto concesiones recíprocas, como renuncia a acciones posteriores.

Si nos aproximamos a la figura a través del Código Procesal Civil, encontraremos que en él se describe a la transacción como una forma por la cual los justiciables autocomponen la controversia, poniendo fin al proceso y resulta perfectamente coherente que la transacción judicial pueda hacerse en cualquier momento del proceso que sea previo a la expedición de una resolución que defina la controversia con autoridad de cosa juzgada, puesto que llegados a este punto, ya no existirá una controversia que eliminar, ni posiciones o pretensiones en discusión, sino una «declaración de certeza».

Emitida una decisión final, ya no está en facultad de las partes componer su conflicto de intereses y poner fin al litigio, porque no se puede componer lo que ya está compuesto, así como no se puede terminar lo que ya está terminado, esto sin perjuicio de que las partes puedan llegar a acuerdos respecto de la forma de cumplimiento o extinción de las obligaciones establecidas en la resolución que constituye cosa juzgada, como se verá al comentar el artículo 339 del Código Procesal Civil.

Teniendo como punto inicial la descripción de la transacción como una de las formas de poner fin al proceso, la pregunta es, ¿cómo se hace eso?; ¿cuál es el contenido de una transacción?

Como lo sugiere el título de este trabajo, la respuesta puede intentarse acudiendo a la regulación que sobre «transacción» contiene el Código Civil.

El Código Civil regula la transacción en el Título VII de la Sección

Segunda, Efectos de las Obligaciones, dentro del Libro VI, Las Obligaciones.

El artículo 1302 dispone que 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. Agrega que con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes y dispone que la transacción tiene valor de cosa juzgada.

Una vez revisadas las descripciones de normas diferentes, una procesal y otra civil, consideramos necesario que lo que queda de este trabajo se haga ocupándose de la transacción como una unidad de dimensiones civiles y procesales inseparables que obligan al comentarista a pasar del Código Procesal Civil al Código Civil, según sea necesario en cada aspecto comentado.

De lo que tenemos glosado, pueden desprenderse las siguientes características del contenido de una transacción:

- a) Es un acuerdo que toman, cuando menos, dos partes que se encuentran enfrentadas en una controversia que puede estar ya encaminada en un proceso o encontrarse entablada por comunicaciones que evidencian intereses y pretensiones contrapuestas.
- b) Para que puedan hacerse renunciaciones, evidentemente, las partes deben estar en condiciones de renunciar y esto supone que

la materia transigida sea, en general, renunciabile (disponible) y que, en concreto, quien transige esté jurídicamente en capacidad de disponer de los derechos o prerrogativas sobre los que renunciará.

- c) Requiere concesiones recíprocas. Como ya hemos visto, esto quiere decir que cada una de las partes concede o renuncia a alguna o parte de las pretensiones, prerrogativas o derechos que considera que le asisten, y que tal decisión de renuncia, se efectúa teniendo como razón inmediata —recíproca— el hecho de que la otra parte también hace renunciaciones y modificaciones a las pretensiones que configuran su posición en la controversia; y como razón final, la eliminación de la controversia.
- d) Es exigible por la vía ejecutiva.

Combinando su contenido y sus efectos —regulados en norma civil que describe su contenido obligacional y en otra norma que se ocupa de la transacción dentro de un proceso— nos acercamos a la naturaleza multidimensional de una figura que:

- a) Es una forma de extinción de obligaciones.
- b) Es una fuente de obligaciones.
- c) Como consecuencia de a) ó b) es también un contrato.
- d) Es una forma de conclusión de procesos.
- e) En tanto fuente de un acuerdo firme, es una fuente de «cosa juzgada».
- f) Constituye un título de ejecución.

- g) Es una causal constitutiva de una excepción.¹
- h) Es una figura de dimensión procesal, en tanto puede ser «judicial».
- i) También es una figura de dimensión civil, en tanto puede ser extrajudicial.

En cuanto a los requisitos de la transacción, el artículo 335 del Código Procesal Civil dispone que la transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo.

Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de éste, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo, en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada.

Para el caso de transacciones en que participa el Estado y otras personas de Derecho Público, el artículo 336 de la misma norma, establece que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitu-

cionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, sólo pueden transigir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente. Disponiendo que esta exigencia sea aplicable también a la conciliación, al desistimiento de la pretensión y al del proceso.

Se establece así –en el artículo 335– que hay dos formas en que una transacción puede incorporarse al proceso, para ponerle fin.

a) La primera posibilidad es que las partes documenten el acuerdo en un escrito y que éste sea presentado de manera conjunta al proceso, siendo requisito formal que se legalicen las firmas ante el funcionario correspondiente del órgano jurisdiccional.

b) La segunda posibilidad es que el acuerdo, que pone fin al conflicto de intereses, conste por escrito en un documento (que no es en sí mismo un escrito de petición, sino un contrato ya perfeccionado), que luego es presentado al juzgado. En este caso, el texto de la norma deja entender que el escrito que acompaña a la transacción es un escrito común –de ambas partes– y que también debe cumplirse con la formalidad de

legalizar las firmas de dicho escrito.

La transacción, en general, –no sólo la judicial– es un contrato formal, entendiéndose por ello que requiere una «forma escrita». Apartándose de la regla general del consensualismo en materia contractual, la transacción se sitúa en la condición de excepción que corresponde a los contratos «formales», en perfecta concordancia con lo establecido por el artículo 1352 del Código Civil, según el cual, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Efectivamente, la formalidad de la transacción está establecida en el artículo 1304 del Código Civil, cuando dispone que la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio, norma que, a su vez, concuerda con la norma general contenida en el artículo 140 del Código Civil que establece, como uno de los requisitos de validez del acto jurídico, la «Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

A este requisito general de «forma escrita» se añade, como hemos

¹ Si advertimos que la transacción tiene valor de cosa juzgada y que a la vez constituye el supuesto de la excepción de «conclusión de proceso por conciliación o transacción», podríamos sostener que, en realidad, da lugar a dos excepciones: la de cosa juzgada y la de conclusión de proceso por transacción, de suerte que el segundo supuesto sólo podría ocurrir cuando la transacción ha dado lugar a la terminación de un proceso que ya estaba en marcha y el primero (excepción de cosa juzgada) correspondería al supuesto en el que se ha transigido previamente a la existencia del proceso. Sin embargo, debe tenerse presente lo expuesto en el primer pleno casatorio de la Corte Suprema de la República, publicado el 21 de abril de 2008, en el que se ha desarrollado, entre otras, la cuestión relativa a si la existencia de una transacción extrajudicial previa al proceso puede hacerse valer en vía de excepción de cosa juzgada o debe hacerse valer como defensa de fondo, o si procede la excepción de terminación de proceso por transacción, no obstante que no ha habido proceso terminado como consecuencia de la transacción celebrada.

visto, para el caso de la transacción judicial, otro requisito, también de forma, constituido por la necesidad de «firmas legalizadas». En efecto, cuando la transacción se hace en forma de petición ante el juez (transacción judicial), los peticionantes deben legalizar sus firmas y, si lo que se presenta es una transacción que se perfeccionó fuera del proceso (transacción extrajudicial), las partes deben «acompañar escrito con firmas legalizadas».

La legalización de firmas ante el órgano jurisdiccional no es necesaria si ha ocurrido ante notario, sea al elevarse a escritura pública o al obtener la legalización ante dicho funcionario.

En conclusión, la transacción judicial será siempre por escrito y con firmas legalizadas, ya sea directamente ante el órgano jurisdiccional, en la petición o indirectamente en el escrito que acompaña el acuerdo al presentarlo al órgano jurisdiccional o ante notario, sea que éste sólo legalice firmas o eleve a escritura todo el acto.

Un comentario especial merecen estas disposiciones en cuanto señalan que la transacción pueden hacerla los propios titulares y quienes «tengan facultades o aprobación expresas».

Si como hemos visto, la transacción, de suyo, implica la disposición de derechos y recordamos que en materia de apoderados procesales –distintos a los representantes legales o apoderados civiles para actos no procesales– el otorgamiento de las facultades de representación especiales –que son las que incluyen la facultad de disponer de derechos– se rigen por el principio de «literalidad»

podremos advertir la necesidad de preguntarnos, en el caso de un apoderado que pretende participar en una transacción judicial. ¿Le bastará con tener facultades expresas o requiere que literalmente se le faculte a transigir?

Aunque así parezca a primera vista, la diferencia no es ociosa, por el contrario, resulta muy frecuente encontrar fórmulas por las que se otorgan facultades «para disponer de derechos» o en las que se otorgan «las facultades especiales a que se refiere el artículo 75 del Código Procesal Civil», las cuales claramente son fórmulas «expresas», pero no «literales», ya que en el texto de estas fórmulas de apoderamiento no se encuentra «literalmente y explícitamente» la facultad de transigir, tal como lo exige el artículo 75 del Código Procesal Civil.

Dicho artículo señala que: «Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas, y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar representación procesal y para los demás actos que exprese la ley».

Establece, además, que: «El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente».

En nuestra opinión, no existe razón por la que pudiera afirmarse que un apoderamiento expreso «para disponer de derechos» pu-

diera entenderse como suficiente para transigir judicialmente.

Partimos por apreciar que lo «expreso» no tiene una naturaleza distinta u opuesta a lo literal, de forma que pudiera sostenerse que la norma que regula específicamente la transacción, siendo una norma especial, estaría excluida de la regla general de literalidad.

En nuestra opinión, cuando confrontamos lo expreso con lo literal, en realidad estamos matizando un rango mayor o menor dentro de un mismo requerimiento «la precisión de la facultad otorgada».

Por ello, teniendo presente que un apoderamiento al ser expreso no necesariamente cumple con ser literal, mientras que el apoderamiento literal sí cumple con ser expreso, consideramos que el requisito de tener facultad expresa no excluye ni releva de la necesidad de cumplir con el mandato de que la facultad esté literalmente estipulada, dado que no se ve la razón por la que las facultades de transigir puedan establecerse con fórmulas que corresponden a un rango de precisión y rigurosidad menor a la exigida para otras formas de disposición de derechos.

En cualquier caso, en esta materia es mejor cuidar que el otorgamiento de la facultad de transigir sea expreso y literal que tomar el riesgo de un rechazo de la transacción judicial.

Otros elementos que se deben tener presentes tratándose de una transacción judicial son los que establece el artículo 337 del Código Procesal Civil, al regular la homologación de la transacción.

La norma establece que el juez aprueba la transacción, siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme. Se reitera que tiene la autoridad de la cosa juzgada, y que constituye un nuevo título puesto que su incumplimiento no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta y se abre la posibilidad de que el acuerdo sea parcial, al establecer que si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Finalmente, se establece una limitación, de forma que con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

De esta norma podemos extraer los rasgos distintivos y específicos de la transacción judicial:

En primer lugar, la transacción judicial, como forma de terminación de un proceso, sólo alcanza eficacia en tanto sea aprobada por el juez, antes de eso es una petición contenida en un escrito o una transacción extrajudicial incapaz de terminar el proceso.

En segundo lugar, al poner fin al proceso se constituye en un suce-

dáneo de la sentencia, con calidad de cosa juzgada.

En tercer lugar, configura la aparición de un título nuevo e irreversible, en el sentido de que ante su incumplimiento, ya no cabe regresar a su origen contractual en búsqueda de una «resolución por incumplimiento» que regrese las cosas al estado anterior a su aprobación, sino que debe atenderse a su efecto de haber terminado un proceso y, por lo tanto, adelantarse su ejecución como si de una sentencia se tratara.

En ese sentido, concuerda el artículo 1312 del Código Civil al disponer que la transacción judicial se ejecuta como la sentencia, mientras que la transacción extrajudicial se lleva a cabo en la vía ejecutiva.

Hasta la dación del Decreto Legislativo n.º 1069 podía distinguirse que la transacción judicial constituía un «título de ejecución», cuyo cumplimiento se exigía en un «proceso de ejecución», mientras que la transacción extrajudicial constituía un «título ejecutivo», cuyo cumplimiento se demanda en un «proceso ejecutivo». Ambas formas procedimentales estaban reguladas por nuestro Código Procesal Civil, bajo el título de «Procesos de Ejecución».

Con la modificación de la norma mencionada, lo que tenemos ahora es un Proceso Único de Ejecución de forma que, allí donde antes el artículo 688 del Código Procesal Civil distinguía entre «Título Ejecutivo» (que eran los que señalaba el artículo 693 –hoy derogado– entre los cuales se incluía, en el inciso 5, al *documento privado que contenga transacción extrajudicial*), y «Títulos de Ejecución»

(que eran los que señalaba el artículo 701 –hoy derogado– entre los cuales se incluía, en el inciso 1, a *las resoluciones judiciales firmes*), ahora sólo se distingue entre títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, siendo que a ambos tipos corresponde la misma vía procedimental ya mencionada del Proceso Único de Ejecución, quedando suprimido el Proceso de Ejecución que se regulaba a partir del artículo 713 –hoy derogado– del mismo Código.

En cuarto lugar, en la transacción judicial, no pueden afectarse relaciones jurídicas distintas a las que se discutieron en el proceso. Se trata de una limitación a la que encontramos total sentido, puesto que aceptar lo contrario implicaría incorporar al proceso relaciones que, sin haber estado en su origen ingresarían directamente en la etapa de ejecución del proceso, adquiriendo la calidad de cosa juzgada y una fórmula de ejecución expeditiva, sin haber pasado por la revisión del juez.

Abona en este sentido recordar que desde la perspectiva procesal, la transacción judicial es una forma de terminar un proceso en concreto, poniéndole fin a ese conflicto de intereses en concreto y, si tuviera que llegar a ejecución forzada, es razonable que se limite a las relaciones que dieron lugar al proceso terminado.

¿Qué debe ocurrir entonces, con las transacciones extrajudiciales que sí crean, regulan o extinguen relaciones distintas a las discutidas en el proceso y que son presentadas al juez?

Se trata de una situación muy frecuente en la que las partes concentran en un solo documento, en

una sola transacción, los acuerdos de finalización de varios procesos. De suerte que al ser presentado a los diversos juzgados, cada uno podría observar que se han regulado o extinguido o creado relaciones ajenas al proceso que conocen.

Es nuestra opinión que tal circunstancia no debería dar lugar al rechazo de la transacción, sino a una precisión de su efecto en la que el juzgado deje establecido que sólo reconoce el efecto extintivo de la transacción, respecto de la controversia que conoce, de forma que la regulación de las materias ajenas a dicha extinción no se incorporan al proceso ni podrían ser materia de ejecución en él.

De esta forma se cumple con la limitación que estamos comentando, sin desproteger a las partes, puesto que ellas siempre podrán exigir el cumplimiento de las relaciones ajenas —creadas o reguladas— en otro proceso, teniendo como título ejecutivo de naturaleza extrajudicial a la propia transacción.

En quinto lugar, la transacción puede ser parcial, tanto en relación a las pretensiones discutidas como a las personas, de forma que el proceso continuaría respecto de las pretensiones y las personas no incluidas en la transacción.

En relación con este aspecto, no podemos dejar de recordar las complicaciones que se pueden presentar (y de hecho se han presentado en uno de los casos contemporáneos de responsabilidad civil extracontractual más importantes del país, como consecuencia del incendio en la Discoteca Utopía, que profesionalmente conocimos en dos etapas: al inicio y en tiem-

po posterior a la transacción parcial con el Centro Comercial) en torno al diseño de una transacción parcial.

Ocurre que en diversos procesos con varios demandados a quienes se les atribuye responsabilidad solidaria, se arribó a una transacción por la que un codemandado pagó una suma de dinero y obtuvo la terminación del proceso en su contra, así como la terminación del proceso de otros demandados vinculados a él.

No tenemos la menor duda de que la intención de ambas partes fue que, a partir de una indemnización parcial, atribuida a la parte proporcional de la responsabilidad de quien transigía, se excluyera del proceso a una parte de los demandados, continuando la demanda contra los que no eran excluidos del proceso por la transacción.

Sin embargo, esgrimiendo las conexiones de la transacción con el mundo del Derecho de las Obligaciones y del Derecho Procesal, los otros demandados han sostenido que la transacción debe poner fin a la totalidad de los procesos. En efecto, se ha argumentado que la solidaridad implica que el pago hecho por un deudor libera a los otros deudores solidarios.

Para sostenerlo se acude al artículo 1188 del Código Civil, según el cual la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

Como resulta evidente, el punto central para que esta norma pudiera ser aplicada a favor de los codeudores, radica en determinar si la transacción estuvo referida a la «totalidad de la obligación»

o a «parte de ella», recuérdese que en materia de responsabilidad civil extracontractual, la solidaridad viene dada por el mandato legal que establece el artículo 1983 del Código Civil, según el cual si varios son responsables del daño, responderán solidariamente.

Empero aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales, de forma que estamos, claramente, ante una fórmula que busca facilitar la obtención de una indemnización para la víctima, permitiéndole cobrar a cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, pero en forma alguna impide que cobre a alguno o algunos la parte que individualmente les corresponde y menos permite sostener que cualquier pago de un codemandado como responsable solidario, deba considerarse pago total que implique la liberación de los codeudores.

Más allá de la solidez o fragilidad de los argumentos que han usado los demandados para intentar liberarse del proceso (que en nuestra opinión son absolutamente insostenibles porque no se puede usar la solidaridad pasiva —que sirve para favorecer al acreedor— justamente para obtener el perjuicio del acreedor y porque no existe forma de sostener que lo pagado por el codeudor corresponda a la totalidad de la indemnización, máxime si la cuantía de la indemnización sólo se conocerá con la sentencia).

Lo que queremos resaltar aquí es la importancia de que una transac-

ción parcial deje absolutamente clara su naturaleza parcial, valga la redundancia, por la vía de establecer con absoluta claridad los límites de los deudores que se liberan y la naturaleza parcial de la prestación recibida.

No se puede dejar estos detalles como «sobrentendidos» ni siquiera como temas «claros», deben estar «clarísimos» más allá de cualquier duda o interpretación. De lo contrario, podría ocurrir que el pedido de liberación total llegue a ser acogido en primera instancia, como lo ha sido en algunos casos del ejemplo mencionado, de forma que las víctimas quedan sujetas al desgaste de una discusión adicional que recorrerá todas las instancias judiciales, como un agravio adicional al daño que sufrieron con la muerte de sus hijos.

Como ya se ha estado viendo, el análisis de la transacción hace imprescindible concordar y acudir al Código Civil y eso tiene total sentido, por cuanto en el ámbito procesal se resalta y regula un aspecto, que es el efecto extintivo, de una figura que tiene muchos otros aspectos y efectos. Es por ello perfectamente coherente que el artículo 338 del Código Procesal Civil establezca que el Código Civil, como norma supletoria al disponer que, en todo lo no previsto en este capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

Es como si estuviéramos frente a la visión de una parte —un detalle—, de una figura mayor que marca y determina a la figura observada, de modo que necesitamos mirar el todo para tener comprensión cabal y hace bien el Código al dejar constancia de que es a la luz del todo que debe entenderse el detalle.

Como ejemplos de disposiciones que deben observarse para una transacción judicial y que estén en el Código Civil, podemos mencionar las siguientes:

De acuerdo con el artículo 1303, en la transacción debe incluirse la renuncia de las partes a cualquier acción que tuviera la una contra la otra sobre el objeto de la transacción.

En cuanto al cumplimiento de este requisito, no consideramos suficiente la repetición de la fórmula «las partes renuncian a cualquier acción».

Entendemos, por el contrario, que las partes deben identificar las acciones que corresponderían a los derechos que rodean al conflicto de intereses transigido y formular renuncia puntual a ellas.

De acuerdo con el artículo 1305, sólo se puede transigir sobre derechos patrimoniales. Esta característica junto con la reciprocidad en las concesiones, distinguen a la figura bajo comentario de la conciliación, es decir, la conciliación puede incluir derechos no patrimoniales, siempre que sean disponibles (como el régimen de visitas a los hijos, por ejemplo) o concesiones de una sola parte (como una condonación unilateral para incentivar el pago de una deuda no discutida, por ejemplo).

De acuerdo con el artículo 1309, si las partes lo expresan, se puede transigir sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, siendo que las cuestiones relativas a nulidad y anulabilidad podrían entenderse como una materia sobre la que los particulares no tendríamos facultad de disposición y que estarían

reservadas al pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales.

No podemos dejar de mencionar que esta norma debe leerse cuidadosamente, ya que una lectura amplia sería contraproducente. En nuestra opinión, esta norma tiene dos límites muy claros: el primero proviene de advertir que se refiere a obligaciones y no a actos jurídicos, de forma que, más allá de la evidente imprecisión del léxico que vamos a usar, debe entenderse que se trata de la posibilidad de dar por inválidas obligaciones puntuales —que forman parte o derivan— *de un acto cuya invalidez no está en la esfera de decisión de las partes.*

Junto con esta limitación, viene otra que debe entenderse como la posibilidad de transigir sólo en negativo, es decir, acordando sobre la invalidez de una obligación para eliminarla y no sobre su validez para consolidarla.

Consideramos que sin estas limitaciones, que se infieren de su propio texto, la norma bajo comentario constituiría un camino para entregar a los particulares materias que corresponden a los jueces, así como admitir que por la vía de una transacción podría otorgarse validez a obligaciones, cuya invalidez deriva de la violación de normas que importan al interés público, las buenas costumbres, las libertades personales e incluso la dignidad humana.

De acuerdo con el artículo 1310 del Código Civil, la nulidad parcial de la transacción ocasiona su nulidad total, lo cual tiene coherencia con el rasgo determinante de la transacción como un contrato que se sustenta en la reciprocidad de las concesiones que las partes

efectúan, de forma que, roto el equilibrio de éstas, se rompe la base del acuerdo y éste no puede sobrevivir, por cuanto deviene en inequitativo para alguna de las partes.

Como ya se mencionó antes, la transacción sólo es tal, en tanto exista ausencia de sentencia firme, lo cual no impide que se presenten situaciones, aun después de emitida la sentencia en las que las partes requieran acordar respecto de lo resuelto.

Es por ello que el artículo 339 del Código Procesal Civil regula la posibilidad de un acuerdo que solucione esta circunstancia, cuidando de llamarlo «acto jurídico posterior a la sentencia» y disponiendo que aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la

sentencia. Sin embargo, dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.

Como ya se ha comentado, si la naturaleza de la transacción judicial es la de afectar las relaciones que se controvierten en el proceso, de modo que se ponga fin a la controversia y se establezca un sucedáneo a la sentencia, es evidente que una vez que se expide sentencia y ésta adquiere la calidad de cosa juzgada, ya no existe controversia que extinguir ni se puede reemplazar una sentencia que ya existe.

Sin embargo, no es difícil advertir que la sentencia en sí misma puede contener mandatos que obliguen a dar, hacer o no hacer a una o a ambas partes, es decir, la sentencia puede ser título para exigir obligaciones y no resulta improbable que las partes lleguen a acuerdos respecto de la forma en que se cumplirán, o darán por cumplidas dichas obligaciones, es decir, la posibilidad de acuerdo sobre cómo se extinguirán las obligaciones que

contiene la sentencia está abierta, pero tal acuerdo ya no constituye una transacción que decide sobre la controversia —que ya no existe— sino un acuerdo por el que se puede otorgar plazo, condonar, acordar una dación en pago, compensar, recibir pago por tercero o cualquier otro acuerdo en que se regule la extinción de lo que la sentencia ordena.

Como el lector habrá advertido, no es posible ocuparse de la transacción sin acudir a las fuentes del Derecho Civil y simultáneamente a las del Derecho Procesal, porque la transacción demuestra que en realidad no es posible analizar los problemas jurídicos reales con una mirada unidimensional, sea sólo civilista o sólo procesalista.

La transacción es una prueba de que, en la realidad, los problemas jurídicos transitan por todos los ámbitos del Derecho. Así como la realidad no distingue ramas del Derecho, la transacción no puede ser encasillada en el Derecho Civil ni en el Derecho Procesal, va del uno al otro y viceversa.