

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO

Volumen 97 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

La transacción: el MARC olvidado

Felipe Osterling Parodi † / Mario Castillo Freyre
Nicole Velazco Velazco / Daniel Rodríguez Tamo

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

- © NICOLE VELAZCO VELAZCO
Av. Prolongación Paseo de la República 7892 dpto. 308-A, Surco
Telf. 977166709
a20170260@pucp.edu.pe

- © DANIEL RODRÍGUEZ TAMO
Av. Bertolotto 628 dpto. 504, San Miguel
Telf. 959013017
daniel.rodriguez@pucp.edu.pe

Primera edición, junio 2021

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-07065

ISBN: 978-612-4400-43-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Palabras liminares	13
--------------------	----

LA TRANSACCIÓN:

¿MÁS QUE UN MEDIO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES?

Nicole Velazco Velazco / Daniel Rodríguez Tamo

1. Introducción	17
2. ¿Qué es la transacción?	18
3. ¿Sólo un medio de extinción de las obligaciones?	21
4. ¿Un medio alternativo de resolución de conflictos?	24
5. ¿Y si lo dejamos a la suerte?	27
6. Conclusiones	29
Referencias bibliográficas	31

Comentario del doctor Mario Castillo Freyre para la primera publicación que los autores hicieron de su trabajo,

y el germen de la publicación en la *Biblioteca de Arbitraje*

La transacción: el MARC olvidado	33
----------------------------------	----

TÍTULO VII

TRANSACCIÓN

(ARTÍCULOS 1302 AL 1312)

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre

TRANSACCIÓN. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA,
IMPORTANCIA, EFECTOS Y VALOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1302	37
---	----

2. Análisis	41
2.1. Consideraciones preliminares	41
2.2. Concepto	46
2.3. Naturaleza jurídica	51
2.3.1. La transacción como contrato	51
2.3.2. La transacción como acto jurídico	56
2.3.3. La transacción como medio extintivo de obligaciones	58
2.3.4. Nuestra opinión	60
2.4. Importancia	61
2.5. Asunto dudoso	67
2.6. Asunto litigioso	74
2.7. Concesiones recíprocas	78
2.8. La transacción como un acto complejo	84
2.9. Capacidad	86
2.10. Clases de transacción	87
2.10.1. Según si se realiza dentro o fuera del litigio	87
2.10.1.1. Transacción judicial	87
2.10.1.2. Transacción extrajudicial	88
2.10.2. Según su magnitud	88
2.10.2.1. Transacción total	88
2.10.2.2. Transacción parcial	88
2.10.3. Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo	89
2.10.3.1. La transacción como acto meramente extintivo de obligaciones	89

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO	9
2.10.3.2. La transacción como acto complejo	90
2.10.4. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto, y transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte	90
2.10.4.1. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto	90
2.10.4.2. Transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte	90
2.11. Interpretación restrictiva	91
2.12. El «valor de cosa juzgada» de la transacción	93
2.13. Diferencias y semejanzas entre la transacción y otras figuras jurídicas	118
2.13.1. Transacción y sentencia	118
2.13.2. Transacción y juramento decisorio	120
2.13.3. Transacción y convenio arbitral	121
2.13.4. Transacción y confirmación	122
2.13.5. Transacción y renuncia	123
2.13.6. Transacción y donación	123
2.13.7. Transacción y condonación	124
2.13.8. Transacción y mutuo disenso	124

LA NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCIÓN CONTenga RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCIÓN FUTURA

1. Fuentes nacionales del artículo 1303	126
2. Análisis	128

FORMA DE LA TRANSACCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1304	131
2. Análisis	133

DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PUEDE TRANSIGIR

1. Fuentes nacionales del artículo 1305	140
2. Análisis	142
2.1. Derechos sobre los que se puede transigir	142
2.2. La transacción sobre un proceso judicial ya concluido	147

TRANSACCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO

1. Fuentes nacionales del artículo 1306	149
2. Análisis	150

TRANSACCIÓN EFECTUADA POR REPRESENTANTES LEGALES DE AUSENTES O INCAPACES

1. Fuentes nacionales del artículo 1307	155
2. Análisis	158
2.1. La transacción celebrada a través de apoderado	160

TRANSACCIÓN SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1308	161
2. Análisis	164

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO	11
----------------------------------	----

SUPUESTOS EN LOS CUALES LA CUESTIÓN SOBRE LA QUE SE
TRANSIGE ES, PRECISAMENTE, LA NULIDAD O ANULABILIDAD DEL ACTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1309	167
2. Análisis	168

INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1310	171
2. Análisis	172
2.1. Generalidades	172
2.2. Carácter relativo del precepto	175
2.3. Garantías	176

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA SUERTE.
APLICACIÓN A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE TRANSACCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1311	177
2. Análisis	178

MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1312	181
2. Análisis	181
2.1. Ejecución de la transacción judicial	182
2.2. Ejecución de la transacción extrajudicial	186
2.3. Semejanzas y diferencias existentes entre la transacción y otras figuras procesales	188
2.3.1. Transacción y mediación o buenos oficios	188

2.3.2. Transacción y arbitraje	188
2.3.3. Transacción y conciliación	189
Referencias bibliográficas	192

PALABRAS LIMINARES

Éste es el volumen 97 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje* y se titula *La transacción: el MARC olvidado*.

Como saben nuestros lectores, desde sus comienzos, en el año 2006, la *Biblioteca de Arbitraje* se ha dedicado a difundir doctrina especializada sobre la materia, pero también de disciplinas afines, como es el caso del Derecho Civil, del Derecho de las Inversiones Internacionales y de otros medios alternativos de resolución de conflictos (MARC), tales como las juntas de resolución de disputas (*dispute boards*) y la mediación.

Cuando se habla de medios alternativos de resolución de conflictos se está haciendo alusión a aquellos mecanismos jurídicos que se emplean para que las discrepancias surgidas entre las partes no escalen a mayores y puedan ser solucionadas de manera inteligente.

Los MARC, como se les conoce de manera abreviada, son, fundamentalmente, la conciliación, la mediación, el arbitraje y las juntas de resolución de disputas.

Como sabemos, la conciliación fue adoptada en el Perú como política de Estado en la década de los noventa del siglo veinte, cuando se publicó la Ley n.º 26872, en 1997. Los resultados de la conciliación son mixtos, con evidente incidencia positiva en los casos de Derecho de Familia, hasta donde llega mi conocimiento.

En el caso de la mediación, ella no tiene una ley específica que la regule y, evidentemente, nada prohíbe llevarla adelante, si las partes en

conflicto así lo estiman conveniente. No he participado en una mediación, pero en la vida profesional he conocido diversos casos en los que las partes intentaron arribar a un acuerdo recurriendo a ella.

En lo que respecta a las juntas de resolución de disputas, las mismas tienen regulación desde mediados de la década pasada en las leyes de contratación con el Estado. No obstante, su aplicación concreta y exitosa no obedeció a estas normas legales, sino a contratos Gobierno a Gobierno que celebró el Estado peruano, específicamente con el Reino Unido, para la construcción de la infraestructura que resultaba necesaria para la realización de los Juegos Panamericanos que se iban a realizar en Lima, como en efecto ocurrió, el año 2019. Esta experiencia con las juntas de resolución de disputas fue altamente positiva, al punto que en los últimos años se habla en el Perú con tal entusiasmo sobre tales juntas que nos hace acordar lo que se decía cuando comenzaba el arbitraje en contratación pública, a finales de los noventa.

Quienes se dedican en el ejercicio profesional a los temas de solución de controversias habrán podido observar que se habla de todos estos medios y de sus ventajas y desventajas, pero el que prácticamente no se menciona es la transacción.

Este volumen de la *Biblioteca de Arbitraje* intenta rescatar el conocimiento de nuestro público lector sobre la transacción, que consideramos, como lo señala el título de este libro, el MARC olvidado.

Pero no es que esté olvidado en la práctica, pues su uso es muy frecuente, sino que se prescinde de él en el tratamiento de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Además, la transacción, a diferencia de los demás medios, tiene una gran ventaja y es que a la misma se puede arribar negociando directamente entre las partes, sin requerir de un tercero imparcial que las acerque, como ocurre en el caso de la conciliación, con el conciliador, o

en el caso de la mediación, con el mediador, situaciones que, de por sí, encarecen el costo de la solución de la controversia.

Ni qué decir de las juntas de resolución de disputas, que requieren de la presencia de los adjudicadores o miembros de tales juntas, además de recurrir a una institución (centro de arbitraje, en la práctica) que también brinde este servicio, lo que resulta obligatorio en la contratación pública en el Perú.

Y si hablamos de costos y de terceros, ahí está el arbitraje, método heterocompositivo, en el cual será un tercero (el tribunal arbitral) el que ponga fin a la controversia, dentro del marco del proceso seguido, pero en el sentido que estime conveniente, lo que implica un severo elemento de aleatoriedad.

Como ocurre todos los años, en el curso de Derecho de las Obligaciones que dicto en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el segundo semestre del año 2020 abordé el tema de la transacción, casi al finalizar el tratamiento de los medios extintivos de las obligaciones, señalando que ella no sólo sirve para extinguir obligaciones, sino para solucionar problemas.

Grande fue mi sorpresa, cuando semanas después de haber concluido las clases, dos alumnos, Nicole Cristina Velazco Velazco y Daniel Andrés Rodríguez Tamo, me enviaron un ensayo que habían redactado sobre la importancia de la transacción, el mismo que, con alguna guía de mi parte, fueron puliendo hasta tener el contenido que publicamos en esta obra.

Debo hacer público mi agradecimiento a Nicole y Daniel por el esfuerzo y el conocimiento demostrados en su trabajo, y por haber despertado en ellos el interés por trabajar el tema de la transacción desde la perspectiva de su utilidad en la resolución de los conflictos.

Además, el interés de Nicole y Daniel me dio una idea, la de publicar en la *Biblioteca de Arbitraje* la parte relativa a la transacción de la segunda edición del *Tratado de Derecho de las Obligaciones* que el doctor Felipe Osterling Parodi y yo escribimos y publicamos en junio del 2014, poco antes de su fallecimiento ocurrido el 30 de agosto de ese año.

El solo hecho de integrar estas páginas de nuestro *Tratado* a la *Biblioteca de Arbitraje*, constituye una llamada de atención para que el medio jurídico calibre, en su real medida, la utilidad de la transacción como medio alternativo de resolución de conflictos.

Antes de concluir, mi homenaje permanente y reiterado a la memoria del doctor Felipe Osterling Parodi, maestro del Derecho de las Obligaciones, cuyas enseñanzas siguen iluminando el Derecho nacional.

Lima, abril del 2021
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

LA TRANSACCIÓN: ¿MÁS QUE UN MEDIO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES?¹

Nicole Velazco Velazco²

Daniel Rodríguez Tamo³

1. INTRODUCCIÓN

Fernando, a causa de la pandemia, buscaba independizarse y le ofreció a María, su amiga de infancia, comprarle su departamento a un monto de doscientos mil soles. María accedió a venderlo y le mostró el lugar, con lo que Fernando quedó encantado y accedió rápidamente a comprarlo; ambos hicieron la transferencia en ese instante. Sin embargo, al momento de la entrega, Fernando quedó sorprendido porque encontró el departamento totalmente vacío, sin ninguna de las comodidades con las que contaba cuando María se lo mostró. Llamó a María para cuestionar tal hecho, a lo que ella respondió que sólo le había vendido el departamento, mas no lo que estaba dentro de él; no obstante, Fernando creía que sí lo había comprado con el mobiliario.

Tal hecho podría solucionarse si Fernando presenta una demanda ante el Poder Judicial, lo que, por la lentitud y onerosidad de nuestro sistema, podría resolverse hasta dentro de cinco años y con el pago de una gran cantidad de dinero por los costos y costas del proceso. Todo ello para que el juez le dé la razón a una de las partes y se termine resolviendo la controversia tras un largo y costoso proceso.

¹ Agradecemos profundamente al doctor Mario Castillo Freyre y sus lecciones, que inspiraron la elección del tema, por la dedicación y constante orientación para la redacción de este artículo.

² Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del consejo directivo de *THEMIS*.

³ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del consejo directivo de *THEMIS*.

Sin embargo, también podría resolverse si Fernando y María ceden algo cada uno. Por ejemplo, si Fernando accede a pagar un poco más del monto que, según él, le correspondía pagar, y María accede a ceder aquellos accesorios del inmueble que, según ella, no le correspondía entregar. Con ello, ambas partes habrían realizado concesiones recíprocas y se verían satisfechas con el acuerdo, es decir, si deciden llevar a cabo una transacción.

A pesar de su evidente utilidad para resolver conflictos y de su gran capacidad para crear o modificar obligaciones, nuestro Código Civil regula la transacción sólo como medio de extinción de las obligaciones desde el artículo 1302 al 1312. Sin embargo, esta ubicación es injusta para la infinidad de funciones que tiene, las cuales no se limitan al mero hecho de extinguir obligaciones, sino que puede crear nuevas, o modificar y crear otras existentes.

Por ello, en las siguientes líneas vamos a analizar la figura de la transacción, cómo opera en nuestro sistema jurídico, las ventajas que presenta, sus diferencias con los demás medios extintivos de las obligaciones y si puede entenderse o no como un medio de solución de controversias.

2. ¿QUÉ ES LA TRANSACCIÓN?

El concepto de transacción se encuentra en el artículo 1302 del Código Civil, como aquel medio por el cual las partes resuelven un asunto dudoso o litigioso, haciéndose concesiones recíprocas. Sin embargo, como dicen Osterling y Castillo, ésta es una noción restringida de la transacción que, en su acepción más amplia, puede ser entendida como un negocio o acuerdo entre las partes.⁴

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción». En *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Rimay Editores, segunda edición, 2020.

Así, diversos autores han entendido la transacción como un contrato o acuerdo bilateral, en contraste con lo estipulado en el Código Civil. Uno de ellos es Walter Vásquez, quien señala que el carácter contractual de la transacción es una constante, mientras que su naturaleza como modo de extinción de las obligaciones no lo es, concluyendo así en su naturaleza contractual.⁵ Por otra parte, para Raúl Ferrero Costa la transacción es un «acuerdo mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas sobre algún asunto dudoso o litigioso, lo resuelven haciendo innecesaria la intervención judicial que podría promoverse o finalizando la ya iniciada».⁶

En el Derecho comparado, por su parte, también se tiene la visión contractualista de la transacción. Así, la doctrina mexicana la caracteriza como un contrato en virtud del cual las partes previenen una controversia futura o determinan una presente.⁷ A su vez, el juez colombiano Carlos Ospina Grisales concluye que la transacción es una «figura en la que únicamente intervienen las partes y entre ellas exclusivamente le dan solución a un conflicto».⁸ Podemos ver, de esta forma, que la concepción amplia de la transacción tiene vasto respaldo en la región.

En esa misma línea, el Primer Pleno Casatorio Civil concluye que es un contrato por el cual las partes, en ejercicio de su autonomía, deciden sobre determinado asunto, pero considera correcta su ubicación dentro de los medios de extinción de las obligaciones, al ser ésta la finalidad de

⁵ ENFOQUE DERECHO. *Walter Vásquez sobre la transacción*. [Archivo de video], 18 de febrero de 2016. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=F8aanaMUvxo&ab_channel=EnfoqueDerecho.

⁶ FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco Editores, segunda edición, 1988.

⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. «La transacción». En *Revista Notarial. Órgano del Colegio de Notarios del Distrito Federal y Territorios*, 1953, n.º 12, pp. 35-51. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revnot/cont/12/dtr/dtr3.pdf>.

⁸ OSPINA GRISALES, Carlos. «La transacción y la conciliación: dos figuras de diferente naturaleza con un propósito común». En *Summa Iuris*, 2017, vol. 5, n.º 1, pp. 155-164. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.2464>.

dicho contrato.⁹ Esto último, no obstante, resulta cuestionable, pues la transacción puede ser utilizada para extinguir relaciones jurídicas patrimoniales distintas a las obligacionales, así como para crear o modificar relaciones jurídicas, incluyendo algunas que no formaban parte de la controversia inicial. Por ello, estimamos que la transacción puede ser considerada como un contrato (producto de la voluntad de las partes) que busca resolver o prevenir controversias entre las partes provenientes de un asunto dudoso o litigioso a través de concesiones recíprocas entre las mismas.

Ahora bien, tal como está regulada en nuestro ordenamiento legal, la transacción no puede ser utilizada para resolver cualquier tipo de conflicto entre las partes, sino solamente aquéllos que versen sobre asuntos dudosos o litigiosos. Un asunto dudoso es aquél controvertido sobre el que las partes no se ponen de acuerdo y tienen opiniones divididas, siendo susceptible de originar un litigio. El asunto litigioso, por su parte, es aquél sobre el que hay litis, para lo que se necesita uno o varios puntos de contradicción entre la demanda y la contestación de demanda, ya sea en sede judicial o arbitral. No todo lo que es dudoso es litigioso, pero todo lo que es litigioso es dudoso.

La transacción puede ser judicial o extrajudicial. La primera, que versa sobre asuntos litigiosos, no genera controversia en tanto es el acto por el cual las partes ponen fin a un litigio, que tendría que ser homologado por el juez o tribunal arbitral para que goce del carácter de título ejecutivo. Por su parte, la segunda, en la que nos centraremos en el presente trabajo, busca prevenir que se llegue a sede judicial o arbitral y se incurra en todos los costos que ésta implica; en otras palabras, la transacción extrajudicial es aquélla por la cual las partes resuelven sus pretensiones sin necesidad de acudir al juez y que, según el inciso 5 del

⁹ CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. *Primer Pleno Casatorio Civil*. Recuperado de <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444/Primer+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444>>.

artículo 693 del Código Procesal Civil, también goza del carácter de título ejecutivo y puede dar lugar a un proceso ejecutivo.

La importancia de la transacción radica en que la resolución de un conflicto a través de un proceso, sea judicial o arbitral, implica que las partes deban incurrir en una serie de costos para poner fin a la disputa. Ello, a su vez, disminuye el nivel de satisfacción al que pueden llegar una vez terminado el mismo, pues les den la razón o no habrán pasado años y habrán invertido tiempo y dinero en resolver la controversia. Por lo tanto, la transacción tiene por función reducir los costos de transacción en que tienen que incurrir las partes para solucionar el problema y aumenta su nivel de satisfacción, ya que, producto de ella, ninguna de las partes resulta vencedora o perdedora, sino que, por el contrario, ambas ceden parcialmente hasta obtener un resultado que no termine por perjudicarlas.

En el ejemplo inicial, si Fernando y María optan por una transacción extrajudicial no sólo estarían extinguiendo la obligación, sino que estarían resolviendo una controversia que les habría costado años y dinero. A su vez, Fernando estaría haciendo uso de dinero que inicialmente no formaba parte del acuerdo y María estaría transfiriendo la propiedad de bienes que no tomaba en cuenta al momento de realizar el contrato inicial. Podemos ver, entonces, que la transacción dista de los demás medios de extinción de las obligaciones en varios puntos.

3. ¿SÓLO UN MEDIO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES?

Además del pago, que extingue las obligaciones por excelencia, el Código Civil regula otros medios extintivos de las obligaciones como la compensación, la consolidación, la novación, el mutuo disenso y, evidentemente, la transacción. Sin embargo, ésta última, sobre todo la extrajudicial, se diferencia de las demás en ciertas características que posee, y que detallaremos a continuación.

En primer lugar, la transacción implica la renuncia o concesión recíproca de las partes, diferenciándose así de otras figuras como la condonación, en la cual sólo una parte renuncia a su derecho hacia la otra¹⁰ o el mutuo disenso, donde ambas acuerdan hacer cesar los efectos del acto jurídico. Es así que las concesiones recíprocas, como garantía de satisfacción de ambas partes, se convierten en una de las principales características de la transacción y que la dotan de mayor importancia y complejidad. Esto último, pues, permite que las partes cedan en todo o en parte sus pretensiones, hasta el punto que consigan su mayor satisfacción.

En segundo lugar, la transacción extrajudicial tiene por fin prevenir que una disputa termine en un litigio. Esto en tanto las partes pueden recurrir a ella en caso tengan una diferencia respecto del negocio o relación jurídica que las distancia, como explicamos en el punto anterior. Los demás medios extintivos no tienen esta función, en tanto se limitan a concluir la relación jurídica precedente, ya sea por las circunstancias (como una deuda preexistente entre las partes, en el caso de la consolidación) o por la autonomía de las partes (como puede ser el cambio de una obligación por otra, en la novación). En el primer caso, son las circunstancias las que hacen que concurren en una misma persona calidades contradictorias de deudor y acreedor y hasta que ello no suceda se hace imposible acceder a esa figura. En el segundo caso, se tendría que extinguir la relación jurídica inicial para crear una nueva, que sería independiente de la anterior, a diferencia de la transacción que permite crear, enriquecer o modificar la misma relación jurídica patrimonial, si eso es lo que desean las partes.

En tercer lugar, ésta no sólo se limita a extinguir obligaciones. Éste es un punto que ya hemos mencionado anteriormente y que no sucede con otros medios extintivos de las obligaciones, incluso en aquéllos

¹⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción». En *Derecho PUCP*, 1997, n.º 51, pp. 387-461. Recuperado de <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.015>>.

producto de la autonomía de las partes, como el mutuo disenso, en el que el único efecto que se produce es la extinción de la obligación precedente, sin ningún otro beneficio que el de librarse de la relación contractual que ya no les resulta conveniente, lo cual también permite la transacción. Si Fernando y María hubieran optado por el mutuo disenso, por ejemplo, Fernando se habría quedado con el dinero y María con el departamento, a pesar de que cada uno valoraba más el bien del otro. Así, ambos habrían gastado tiempo y dinero en la negociación y venta del departamento, para finalmente encontrarse en iguales circunstancias que aquéllas en que se hallaban antes de iniciar la relación jurídica, disminuyendo, de esta manera, su nivel de satisfacción.

Por último, tal vez uno de los principales beneficios de la transacción es la posibilidad que tienen las partes de comprender, dentro del contrato de transacción, relaciones jurídicas fuera del objeto de la controversia. Esto es, las partes no deben ceñirse a la relación jurídica que las llevó a conflicto, sino que pueden echar mano de concesiones adicionales, pudiendo así dar nacimiento a muy variadas obligaciones, e incluso a la celebración de una serie de contratos.¹¹ Esto es de mucha utilidad, pues así las partes involucradas pueden incluir en las negociaciones aspectos adicionales que faciliten la toma de un acuerdo final. A la transacción que incluye o hace nacer relaciones jurídicas fuera de la obligación o del problema que dio pie a la transacción, la doctrina la ha denominado transacción compleja.

Es precisamente la posibilidad de que la transacción pueda hacer algo más que extinguir obligaciones y que no tenga que ceñirse a la obligación jurídica inicial, lo que permite que sea un instrumento muy útil de solución de conflictos y no se limite solamente a extinguir obligaciones. Si la transacción no tuviera estas características, sería un medio extintivo más de las obligaciones, limitada a una serie de casos particulares. Afortunadamente, esto no es así.

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las Obligaciones*. Colección Lo esencial del Derecho n.º 13. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

4. ¿UN MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

Los medios alternativos de resolución de conflictos son aquellos «procesos alternativos al proceso judicial, disponibles para la resolución de conflictos, en los cuales, más que imponer una solución, permite a las partes crear su propia solución».¹² Estos pueden ser autocompositivos, cuando las partes deciden el resultado, o heterocompositivos, cuando es un tercero imparcial quien toma la decisión final. El ejemplo típico del primero es la conciliación y del segundo, el arbitraje.

Los medios alternativos de solución de conflictos implican la terminación anormal de un conflicto,¹³ con prescindencia del órgano judicial, que es precisamente la función que tiene la transacción. Si bien los principales mecanismos alternativos de solución de conflictos son la mediación, la conciliación y el arbitraje, ésta no es una lista cerrada y delimitada de qué medios pueden entrar dentro de esta calificación, sino que se originan en función de las necesidades e intereses de la sociedad.¹⁴ Así, cabe preguntarse si la transacción puede o no calificar como un medio alternativo de solución de conflictos.

Por un lado, Vado Grajales dice que la transacción, a diferencia de la mediación o conciliación, no es un medio o procedimiento de resolución de conflictos, sino una forma que adopta la solución.¹⁵ Por otra parte, San Cristóbal menciona que la transacción es un sistema autocompositivo de resolución de controversias por el que las partes pueden disponer de lo que deseen, siempre y cuando no vulneren normas de orden

¹² ROMERO GÁLVEZ, Salvador. (s.f.). «Medios alternativos de resolución de conflictos MARC's». En *Hechos de la Justicia*, p. 4. Recuperado de <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4094/romero-marcs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

¹³ OSPINA GRISALES, Carlos. *Op. cit.*

¹⁴ RIVAS CASO, Gino y JAVIER LA ROSA. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Colección Lo esencial del Derecho n.º 33. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.

¹⁵ VADO GRAJALES, Luis. «Medios alternativos de resolución de conflictos». En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

público.¹⁶ Con lo señalado, podemos ver que la doctrina se encuentra dividida en cuanto a los fundamentos y efectos de la transacción. Por ello, resulta pertinente analizar en las siguientes líneas si la transacción cumple con las características de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Así como los demás MARC, la transacción depende enteramente de la voluntad de las partes, las que deciden cómo, cuándo y cuánto transigir, siendo su único límite objetivo la disponibilidad del derecho que esté en cuestión,¹⁷ lo que habrá que analizar en cada caso concreto. Asimismo, la transacción cuenta con las demás características de los MARC, tales como la vinculatoriedad para las partes, como lo reconoce el propio artículo 1302 del Código Civil.

Entre las demás características de los MARC con las que cumple la transacción se encuentra el informalismo, en tanto no requiere una fórmula solemne, siendo el único requisito expreso que el acuerdo debe constar por escrito (artículo 1304 del Código Civil), al igual que sucede con otros medios de solución de conflictos, donde finalmente son las partes las que acuerdan sus términos y condiciones. Adicionalmente, como en todo medio alternativo de solución de conflictos, los resultados resultan ser los perseguidos, ya que son las partes las que llegan al acuerdo que más les beneficie. Por último, la transacción es privada, no siendo necesario recurrir a un juez para su validez, a pesar de que, en el caso de las transacciones judiciales, se suele solicitar la homologación del acuerdo por parte del juez.

Por ello, consideramos que la transacción, al cumplir con todas las características de los medios alternativos de solución de conflictos y estar dirigida al mismo propósito, puede clasificarse también como un medio alternativo de resolución de conflictos. Particularmente, sería uno

¹⁶ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles». En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2011, n.º 44.

¹⁷ *Ibidem*.

autocompositivo, pues, como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, el resultado depende únicamente de la voluntad de las partes.

Sin embargo, no debe confundirse ni asimilarse la transacción con otros medios de solución de conflictos muy similares, como puede ser la conciliación extrajudicial. En nuestro sistema jurídico, la conciliación ha tenido un amplio desarrollo legislativo, consolidándose como una etapa obligatoria previa al inicio de determinados procesos judiciales, tales como aquéllos relacionados a demandas de alimentos.¹⁸ Si bien la conciliación y la transacción tienen propósitos y características similares, como la potestad de las partes para decidir el resultado, también tienen fuertes diferencias. En primer lugar, en la conciliación se requiere la participación de un tercero ajeno a la relación jurídica para que pueda ayudar a resolver el conflicto, lo que no es necesario en una transacción.¹⁹ En segundo lugar, como mencionamos, la conciliación prejudicial puede ser de carácter obligatorio, mientras que la transacción no ha tenido el mismo desarrollo jurídico, por lo que depende únicamente de la voluntad de las partes. En tercer lugar, la conciliación termina a través de un acta de conciliación, que debe cumplir con ciertas formalidades, tales como el acuerdo de conciliación (o la falta de él) y la firma del conciliador, mientras que la transacción se convalida a través de un contrato escrito entre las partes.

Ahora bien, la transacción puede ser beneficiosa y útil frente a otros medios de solución de controversias. Esto, porque las partes tienen que incurrir en menores costos para llegar a un acuerdo final, ya que no requiere de un tercero ni de formalidades, como sí sucede con la conciliación o, peor aún, con el arbitraje. Pero eso no disminuye su efectividad en la obtención del resultado, ya que, como se mencionó anteriormente, tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil, le reconocen título ejecutivo. Así, permite llegar a un mayor nivel de satisfacción, al conseguir los mismos resultados a menor costo.

¹⁸ Ley n.º 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, artículo 6.

¹⁹ OSPINA GRISALES, Carlos. *Op. cit.*

No obstante, este mecanismo presenta ciertas limitaciones en cuanto a su campo de acción, pues sólo puede ser utilizado en asuntos dudosos o litigiosos, contrario a otros medios alternativos que pueden activarse ante cualquier asunto sobre el cual las partes quieran llegar a un acuerdo. Además, requiere que las partes realicen concesiones recíprocas para que el acuerdo tenga validez, no permitiendo que sólo sea una parte la que ceda, tal como sucede en los demás medios, como en la propia conciliación. Por último, carece de la garantía que puede significar un tercero conciliador o mediador para ayudar a que se produzca la toma del acuerdo.

Tomando en cuenta esas ventajas y desventajas, deben ser las partes las que juzguen qué medio de solución de conflictos les resulta más favorable para satisfacer sus intereses. Sin embargo, no se debe dejar de lado la transacción *per se* como medio alternativo de solución de controversias, pues ello puede derivar en el indeseado escenario en que las partes involucradas pierdan la oportunidad de realizar un acuerdo que se adecue mejor a sus necesidades.

5. ¿Y SI LO DEJAMOS A LA SUERTE?

¿Cómo podría solucionarse una situación si Fernando y sus dos hermanos deben dividir una herencia consistente en tres terrenos de diferente valor y dimensión, si los tres quieren el más grande y valioso? Una solución poco convencional, pero viable, sería acordar dejar la solución a la suerte, con lo que todos asumirían el riesgo de que el otro pueda salir en una mejor posición, es decir, con el mejor terreno, producto del azar.

Esta alternativa de solución se encuentra tipificada en el artículo 1311 del Código Civil, el cual menciona: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título». Aunque parezca insólita, la solución es beneficiosa cuando hay diferencias insalvables o

animadversión entre las partes y la negociación se lleva de una manera tan desigual que ellas (en particular, la de menor poder) no pueden asegurarse que saldrán beneficiadas de la negociación, dificultando está o, incluso, volviéndola inviable.

Ahora bien, se ha criticado que esta figura corresponda realmente a una transacción, alegando que no son las partes sino el azar el que resuelve la controversia. Creemos que ello es incorrecto, pues si bien sería el azar el que decida el resultado de la negociación, ambas partes habrían tenido que acordar anticipadamente utilizar este medio para poder concluir el asunto dudoso o litigioso que dio pie a la transacción, de manera que el resultado del azar se encontraría avalado previamente por ellas.²⁰ Así, el que las partes opten por dejar a la suerte el resultado no implica que dejemos de estar ante una transacción.

Puede cuestionarse si estamos ante concesiones recíprocas. Al respecto, Osterling y Castillo señalan que «este tipo de transacción implica concesiones recíprocas, mas no en su sentido estricto». Recordemos que las concesiones recíprocas implican que las partes cedan algo respecto de otro, independientemente de su monto, de manera que, como dicen los autores, nos encontramos ante una transacción, pues «existe de por medio la concesión de ambas partes, así como el acuerdo de recurrir al mecanismo de la suerte para solucionar sus conflictos, fruto, este último, que podría entenderse como una recíproca concesión».²¹ Esto es, las partes ceden la posibilidad de que sea la otra la que se beneficie producto del azar.

Cabe resaltar que, tal como dice el artículo 1311 del Código Civil, este tipo de mecanismo debe contar con los requisitos que requiere la figura de la transacción para producir todos sus efectos, como cumplir

²⁰ RIVAS CASO, Gino. «El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los marcs y el proceso judicial». En *THEMIS, Revista de Derecho*, 2017, n.º 71, pp. 195-208. Recuperado de <<https://doi.org/10.18800/themis.201701.013>>.

²¹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción», 2020. *Op. cit.*

con la formalidad de constar por escrito. Por lo mismo, el resultado de ésta puede servir como título ejecutivo.

De esta manera, incluso en el caso más inusual de la transacción, que es aquella dejada a la suerte, es la voluntad de las partes la que termina por decidir el resultado de la controversia a través del contrato de transacción. Con ello, la transacción seguiría cumpliendo su rol de pacificadora y solucionadora de conflictos.

6. CONCLUSIONES

- La transacción puede ser entendida como un contrato que consiste en concesiones recíprocas de las partes, con el fin de resolver un asunto dudoso o litigioso y así prevenir (transacción extrajudicial) o concluir (transacción judicial) un litigio.
- A diferencia de los demás medios de extinción de obligaciones, la transacción, puede crear o modificar nuevas obligaciones, incluso a través de nuevos negocios jurídicos. Asimismo, puede incluirse dentro de los acuerdos materias externas a la relación jurídica inicial, siempre y cuando sean disponibles, sea por voluntad de las partes y sirva para resolver controversias.
- La transacción extrajudicial es un medio de solución de controversias autocompositivo, a disposición de las partes, que no necesita la intervención de un tercero. Cumple con las características de los demás MARC, tales como la voluntariedad, vinculatividad, es privado, no formal, con resultados beneficiosos y esperados para las partes, entre otros.
- Su mayor ventaja frente a los demás medios alternativos de solución de controversias es el menor costo en que deben incurrir las partes para obtener un resultado igual de vinculante para ellas, mientras que su principal desventaja es su limitado

marco de actuación, el mismo que se circunscribe a asuntos dudosos o litigiosos, así como a la necesidad de que sean ambas partes las que cedan algo.

- El acuerdo de transacción puede consistir en dejar a la suerte la decisión final del asunto, en cuyo caso debe seguirse la regulación expresa en el Código Civil. Es el azar el que decide el destino de la controversia, porque ésa fue la voluntad de las partes, quienes asumen el riesgo de que sea la otra la que resulte en mejor posición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las Obligaciones*. Colección Lo esencial del Derecho n.º 13. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. *Primer Pleno Casatorio Civil*. Recuperado de <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444/Primer+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444>>.

ENFOQUE DERECHO. *Walter Vásquez sobre la transacción*. [Archivo de video], 18 de febrero de 2016. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=F8aana-MUVxo&ab_channel=EnfoqueDerecho>.

FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco Editores, segunda edición, 1988.

OSPINA GRISALES, Carlos. «La transacción y la conciliación: dos figuras de diferente naturaleza con un propósito común». En *Summa Iuris*, 2017, vol. 5, n.º 1, pp. 155-164. DOI: <<https://doi.org/10.21501/23394536.2464>>.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción». En *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Rimay Editores, segunda edición, 2020.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción». En *Derecho PUCP*, 1997, n.º 51, pp. 387-461. Recuperado de <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.015>>.

RIVAS CASO, Gino. «El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los marcs y el proceso judicial». En *THEMIS, Revista de Derecho*, 2017,

n.º 71, pp. 195-208. Recuperado de <<https://doi.org/10.18800/the-mis.201701.013>>.

RIVAS CASO, Gino y Javier LA ROSA. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Colección Lo esencial del Derecho n.º 33. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. «La transacción». En *Revista Notarial. Órgano del Colegio de Notarios del Distrito Federal y Territorios*, 1953, n.º 12, pp. 35-51. Recuperado de <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revnot/cont/12/dtr/dtr3.pdf>>.

ROMERO GÁLVEZ, Salvador. (s.f.). «Medios alternativos de resolución de conflictos MARC's». En *Hechos de la Justicia*, p. 4. Recuperado de <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4094/romero-marcs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles». En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2011, n.º 44.

VADO GRAJALES, Luis. «Medios alternativos de resolución de conflictos». En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

**COMENTARIO DEL DOCTOR MARIO CASTILLO
FREYRE PARA LA PRIMERA PUBLICACIÓN QUE LOS
AUTORES HICIERON DE SU TRABAJO, Y EL GERMEN DE
LA PUBLICACIÓN EN LA *BIBLIOTECA DE ARBITRAJE***

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO

Por lo general, cuando en el Perú se trata acerca de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCs), se habla del arbitraje y de la conciliación y, en menor medida, de la mediación. En el arbitraje, el que resuelve el conflicto es un tercero: el tribunal arbitral, órgano que hace las veces de la justicia ordinaria, en tanto en la conciliación y en la mediación son las partes las que resuelven sus conflictos, pero con el auxilio del conciliador o del mediador, según fuere el caso. No obstante, la transacción constituye una vieja herramienta para ayudar a que quienes tienen un conflicto solucionen sus diferencias, teniendo una ventaja enorme en lo que respecta a la ausencia de mayores formalidades y costos, puesto que para transigir sólo resulta necesario que las partes se pongan en comunicación y traten, de buena fe, naturalmente, de solucionar sus diferencias, haciéndose concesiones recíprocas.

Siempre resalto las virtudes de la transacción en mis clases de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El semestre pasado no fue la excepción.

Y, luego de terminado el ciclo universitario, tuve la grata sorpresa de que dos destacados alumnos, Nicole Cristina Velazco Velazco y Daniel Andrés Rodríguez Tamo, me contaran que habían escrito sobre el tema. En efecto, habían elaborado un artículo titulado «La transacción: ¿más que un medio de extinción de las obligaciones?», el mismo que he leído con mucha atención y, a la par, comprobado la manera tan interesante como ellos estudian aspectos regularmente poco explorados sobre este contrato.

Los felicito por la iniciativa y, a la vez, los comprometo, si ellos estuvieran de acuerdo, naturalmente, para incluir su trabajo en uno de los próximos volúmenes de la colección *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio, en el que se abordará tan importante materia. A pesar de que la idea siempre estuvo rondando, el trabajo de Nicole y Daniel fue el detonante para concretarla.

Lima, marzo de 2021

Mario Castillo Freyre
Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú

TÍTULO VII TRANSACCIÓN (ARTÍCULOS 1302 AL 1312)

Felipe Osterling Parodi † / Mario Castillo Freyre

Transacción. Concepto, naturaleza jurídica, importancia, efectos y valor

1. Fuentes nacionales del artículo 1302
2. Análisis

La necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura

1. Fuentes nacionales del artículo 1303
2. Análisis

Forma de la transacción

1. Fuentes nacionales del artículo 1304
2. Análisis

Derechos sobre los que se puede transigir

1. Fuentes nacionales del artículo 1305
2. Análisis

Transacción sobre responsabilidad civil proveniente de delito

1. Fuentes nacionales del artículo 1306
 2. Análisis
-

Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces

1. Fuentes nacionales del artículo 1307
 2. Análisis
-

Transacción sobre nulidad o anulabilidad. Efectos

1. Fuentes nacionales del artículo 1308
 2. Análisis
-

Supuestos en los cuales la cuestión sobre la que se transige es, precisamente, la nulidad o anulabilidad del acto

1. Fuentes nacionales del artículo 1309
 2. Análisis
-

Indivisibilidad de la transacción. Efectos

1. Fuentes nacionales del artículo 1310
 2. Análisis
-

Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de transacción

1. Fuentes nacionales del artículo 1311
 2. Análisis
-

Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial

1. Fuentes nacionales del artículo 1312
 2. Análisis
-

TRANSACCIÓN. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, IMPORTANCIA, EFECTOS Y VALOR

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 aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1302

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XIV, Partida Quinta:

Verdaderos pleytos mueuen los omes a las vegadas unos contra otros, e aquellos a quien fazen las demandas, amaparandose escatimosamente dellos, de manera que por el enojo que reciben del alongamiento del pleyto, e por miedo que han los demandadores de perder sus demandas, auenense con los demandados, e quitanles alguna partida del debdo que les demandauan, o fazen otras posturas de nueuo, que non son a su pro. El porende dezimos, que la auenencia, e el pleyto que assi fuesse fecho, que deue ser guardado, también por la una parte, como por la otra.

La Recopilación de Indias, Ley 5, Título X, Libro V, también se refería al tema, cuando prescribía: «Ordenamos que las transacciones se ejecuten conforme a derecho y leyes de estos Reynos de Castilla».

El artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El tema sí es abordado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, que trataba la materia en sus artículos 1386: «La transacción es un contrato por el que las partes terminan un pleito comenzado, o evitan uno o muchos por comenzarse. Este contrato debe ser escriturado»; 1392: «Las transacciones no arreglan sino las diferencias que están comprendidas en ellas, sea que las partes hayan manifestado su intención por expresiones especiales o generales, sea que se conozca ésta por una consecuencia necesaria de lo que se ha expresado»; 1394: «Las transacciones tienen entre las partes transigentes la fuerza y autoridad de cosa juzgada. No pueden ser destruidas por causa de error de derecho, ni por razón de lesión»; y 1398: «La transacción sobre un pleito terminado por una sentencia pasada en la autoridad de cosa juzgada de que las partes o una de ellas no haya tenido conocimiento, es nula. Si la sentencia ignorada por las partes podía aún ser apelable o suplicable, la transacción será válida».

Por su parte, el Código Civil de 1852 prescribía en su artículo 1702: «Transacción es un contrato por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso ó litigioso, evitan el pleito que podía promoverse, ó finalizan el que está principiado.— Puede transigirse entre presentes ó ausentes, por los mismos interesados, ó por apoderados con poder especial»; artículo 1706: «Para que la transacción sea válida se requiere: 1º Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2º Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas ó litigiosas; 3º Que las partes se prometan, cedan ó den algo»; artículo 1710: «No se comprende en la transacción sino lo que se ha expresado por las partes, sea que la intención de ellas, se hubiese manifestado en términos generales ó especiales, sea que se conozca esta intención por una consecuencia necesaria de lo expresado.— La renuncia que se haga de

los derechos, acciones y pretensiones, se entiende que no es sino de lo relativo á la disputa que dio lugar á la transacción»; y artículo 1721: «Las transacciones en que no hayan concurrido los requisitos del artículo 1706, son nulas».

El Proyecto de Código Civil de 1890 consideraba el tema en sus artículos 3013: «Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que pudiera promoverse o finalizan el que está principiado»; 3014: «Para que la transacción sea válida, se requiere: 1º Que las partes que transigen, tengan capacidad de disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2º Que las cosas, sobre las cuales se transige, sean dudosas o litigiosas; y 3º Que las partes se prometan, cedan, den o renuncien a algo»; 3015: «No se comprende en la transacción, sino lo expresado por las partes, sea que la intención de ellas se haya manifestado en términos generales o especiales, sea que se conozca esa intención por una consecuencia necesaria de lo expresado.— No se entienden renunciados otros derechos, acciones y prestaciones, sino los que se refieren a la duda o disputa que dio lugar a la transacción»; y 3029: «La transacción extingue los derechos que las partes han renunciado, y tiene para ellas autoridad de cosa juzgada».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en sus artículos 288: «Por la transacción dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido»; 291: «Para que la transacción sea válida se requiere: 1º.- Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.— 2º.- Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas.— 3º.- Que las partes se prometan, cedan o den algo»; y 305: «La transacción produce entre las partes los efectos de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 abordaba la materia en sus artículos 276: «Por la transacción dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido»; 279: «Para que la transacción sea válida se requiere: 1º Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.— 2º Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas.— 3º Que las partes se prometan, cedan o den algo»; y 291: «La transacción produce los efectos de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial»; en tanto el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 288: «Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido»; y el Código Civil de 1936, en el numeral 1307: «Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 disponía en el artículo 170 lo siguiente: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está promovido»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, lo hacía en el numeral 157: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso.— Con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes»; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, en el artículo 1320: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso.— Con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquéllas

que han constituido objeto de controversia entre las partes»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, en el numeral 1269: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.— Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes.— La transacción tiene valor de cosa juzgada».

2. ANÁLISIS

2.1. Consideraciones preliminares

Al iniciar nuestros comentarios acerca de la transacción como medio extintivo de las obligaciones, se requiere tener en claro los atributos de las demás figuras extintivas, ya que la transacción reviste mayor complejidad y riqueza, por lo que suele ser objeto de confusión y, eventualmente, de conceptos erróneos.

No obstante esta afirmación, no caeremos en el lugar común de afirmar que la transacción constituye (después del pago, en estricto) la figura extintiva más relevante, pues todos los medios extintivos tienen igual importancia, como también ocurre con los contratos de toda clase. La mayor o menor complejidad, así como la mayor o menor frecuencia en su empleo, no hacen a una figura o institución necesariamente más o menos importante que las demás, puesto que en el momento y caso específico en que es necesaria y se acude a ella, en ese preciso instante ésa es la más importante de todas, ya que en principio ninguna otra podría cumplir sus objetivos concretos. Cualquier modo de realizar algún acto al interior de la autonomía privada reviste en todos los casos el mayor interés.

Si bien se considera que el pago es el medio extintivo de las obligaciones idóneo por excelencia, y hasta se le reputa como el más importante, en realidad sólo lo es en términos relativos, por implicar que la prestación objeto de la obligación se ejecuta de acuerdo con los términos convenidos originalmente, lo que determina la extinción de la relación obligatoria. Decimos que sólo en términos relativos el pago constituye el medio de extinción ideal porque muchas veces a una de las partes, o incluso a ambas, le es más conveniente recurrir a otro tipo de solución.

En efecto, no es extraño que varíen las circunstancias entre la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución. Estas circunstancias pueden corresponder tanto al ámbito personal de los propios contratantes, como a situaciones externas que influyan directamente sobre la relación contractual habida entre ambos. Y no nos referimos únicamente a la imposibilidad de cumplimiento¹ o a los supuestos que conducen a una excesiva onerosidad de la prestación,² sino a que las partes decidan que un cambio es necesario o deseable dentro de lo acordado. O que, en términos del análisis económico del Derecho,³ sea más ventajoso incumplir (teoría del incumplimiento eficiente), es decir, que el «rompimiento» del contrato se considere más eficiente que su cumplimiento en los casos en que el costo exceda los beneficios de su cumplimiento para

¹ Artículo 1431.- «En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor».

² En nuestro ordenamiento civil, si en los contratos conmutativos de ejecución continuada, en los contratos conmutativos de ejecución inmediata (cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella) o en los contratos aleatorios (cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato) la prestación llegase a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada tiene la facultad de solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Pero si esta solución no fuera posible debido a la naturaleza de la prestación, a las circunstancias, o si lo solicitara el demandado, el juez puede decidir por la resolución del contrato.

³ Sobre este tema, consultar la obra de CASTILLO FREYRE Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

todas las partes involucradas. Esto ocurre cuando surge una contingencia (inesperada, por cierto) que cambia la situación de tal forma que los recursos necesarios para cumplir la prestación sean más valiosos en otro uso alternativo. Éste no constituirá un modo formal de extinción de obligaciones, pero se trata de una fuente de las obligaciones (es el caso de que la parte prefiera asumir la responsabilidad derivada de su incumplimiento, resarciendo a su contraparte, que cumplir la obligación, lo cual le resultaría menos beneficioso) que, finalmente, conducirá a una extinción de las obligaciones originalmente creadas por contrato.

De igual forma, una persona puede considerar más provechoso, satisfactorio o deseable (las razones son de toda índole) no recibir la contraprestación que se le adeuda y por ello condonar la obligación de su deudor (naturalmente con asentimiento de éste), en lugar de hacer efectivo el pago. En este caso, tal vez el más extremo dentro de los modos de extinción de obligaciones (por romper con la estructura del sinalagma y «desigualar» las prestaciones); resulta que no es el pago el modo idóneo, sino exactamente lo opuesto, vale decir, el no pago.

Por ejemplo, el pago puede convertirse en un inaceptable modo de extinción cuando se dan los requisitos necesarios para oponer una compensación. Precisamente, la compensación tiene como finalidad evitar un inútil doble pago ficticio, así como cumplir una singular función de garantía.

Y hablando de inutilidad e ineficiencia y, desde luego, de imposibilidad en los modos de extinción de las obligaciones, el ejemplo más claro es el de la consolidación. Suponer que el pago podría ser adecuado en este contexto sería simplemente irracional.

En cuanto a la novación (particularmente en su aspecto objetivo, ya que el subjetivo es menos usual), ella constituye una de las figuras de mayor uso en la práctica, a pesar de que, cuando se presenta, con alguna frecuencia pasa inadvertida para las partes. Por tal circunstancia, muchas

veces no existe conciencia por la sociedad en general sobre la importancia de este medio extintivo, pero a la vez creador de obligaciones.

Por otro lado, es evidente que el mutuo disenso en ciertos casos constituye la solución ideal para los contratantes, ya que ocasionalmente la continuación de la relación contractual podría ser perjudicial para ellos.

Resumiendo, a pesar de que en teoría sólo el pago, en estricto, es el modo «idóneo» de extinción de obligaciones, en el terreno práctico no hay un solo modo idóneo de extinción de obligaciones, salvo el que corresponda a cada caso en particular. Afirmar lo contrario determinaría, por ejemplo —y en un plano analógico—, que pudiera considerarse al contrato de compraventa como más idóneo que el contrato de obra o que el contrato de hospedaje.

Nuestras reflexiones iniciales obedecen a que continuamente se someten las figuras del derecho a comparaciones entre sí, y consideramos que es tiempo de zanjar esta cuestión, ya que de existir —en cualquier ámbito— una figura idónea, las demás no tendrían razón de existir, y eso, a todas luces, constituiría una falacia.

La transacción, como mencionamos al inicio de este análisis, es una figura bastante compleja, tal vez la más compleja dentro de los modos de extinción de obligaciones. Comentaremos acerca de su importancia en la vida práctica, además de las doctrinas que la han delimitado, su tratamiento en el Código Civil y su regulación en el Código Procesal Civil.

No dudamos en afirmar que la importancia práctica de la transacción es enorme, puesto que no sólo se trata de un medio extintivo de obligaciones, sino que comprende aspectos particulares que la delimitan como una de las figuras más ricas y complejas de nuestro ordenamiento jurídico. Su utilidad, por otra parte, ha venido siendo asumida por la

sociedad en general, ya que las personas suelen recurrir a la transacción para solucionar sus controversias.

Todos conocemos la antigua y siempre vigente frase «Más vale un mal arreglo que un buen juicio». Ignoramos su origen; es más, tal vez resulte imposible determinarlo. Pero de lo que sí estamos seguros es que quien la pronunció por primera vez debe haber conocido lo complejo, costoso e incierto de un proceso judicial.

Y aunque el verdadero Derecho, el Derecho vivo, se halla en el sistema judicial, ya que es ahí donde se administra justicia, lamentablemente en sociedades tan grandes, dinámicas, pluriculturales y heterodoxas, este importantísimo órgano se encuentra singularmente recargado y con frecuencia no responde a los requerimientos y demandas privadas. Es por ello que cobra utilidad e importancia, cada vez con mayor ímpetu, la transacción.

No obstante, hasta el presente siglo se ha considerado como poseedora de un toque de distinción a aquella persona de clase socioeconómica alta que se mantenía como litigante. En términos generales todos saben —y sabían— que un proceso judicial implica sacrificios económicos muchas veces no recuperables y, particularmente, el gasto más oneroso: el tiempo. Por otro lado, es vocación de la gran mayoría de seres humanos convivir de manera pacífica, lo que se perturba con la proliferación de litigios. Dentro de esta situación de conflicto y disputa no sólo se ve afectado el patrimonio de los litigantes, sino, en ocasiones, hasta su salud física y mental. Finalmente, cabe la posibilidad de que una de las partes (o incluso ambas) quede insatisfecha con los resultados del proceso.

La transacción en materia procesal no sólo ayuda a las partes a solucionar sus diferencias en un juicio, sino también en un arbitraje, al cual hubieran podido recurrir, justamente, en la búsqueda de obtener justicia de un modo más expeditivo. Sin embargo, los gastos en que

incurren las partes no distan mucho en uno y otro caso, ya que, por lo general, tanto los honorarios profesionales de los árbitros miembros del tribunal arbitral, como los gastos administrativos de la entidad encargada de organizar y supervisar el arbitraje son considerables.

Como es evidente, el malestar de las partes se origina cuando éstas se encuentran en abierta discrepancia sobre algún tema o problema relativo a sus relaciones civiles, comerciales o de cualquier otra índole. A ambas les resulta conveniente —en muchos casos— solucionar sus diferencias de una manera amistosa y responsable, lo que ocurrirá con mayor frecuencia cuando las dos vean claro que les asiste recíprocamente algo de razón, y que en un proceso judicial o arbitral una de ellas podría resultar victoriosa por el íntegro, lo cual implicaría una situación de pérdida absoluta para la otra. De esta forma, muchas veces puede resultar más sensato transigir antes que optar por la vía del proceso judicial o arbitral.

Asimismo, en términos generales, la transacción constituye un componente altamente relevante en la vida diaria de los seres humanos, entendido en un sentido que excede la acepción estrictamente jurídica del término. La cotidianidad en términos sociales implica que cada uno de nosotros transija permanentemente, al tolerar conductas o comportamientos de aquellas personas que nos rodean o con quienes tenemos que tratar o convivir. Siendo el hombre un ser básicamente social, no hacerlo lo obligaría a recluirse en una especie de voluntario ostracismo. No hay transacciones ni hay Derecho en la isla de Robinson. Vivimos transando y porque transamos, sobrevivimos.

2.2. Concepto

La Real Academia Española⁴ define a la «transacción» como «acción y efecto de transigir» y, por extensión, «trato, convenio, negocio».

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Lima: Espasa Calpe, 2005, vigesimosegunda edición, tomo II, p. 1330.

Transigir⁵ se define como «Consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia». También como «Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa».

De este mismo parecer es Guillermo Cabanellas,⁶ quien define a la transacción, en su primer significado, como «concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia».⁷

El Código Civil peruano de 1984 también adopta un concepto restringido de transacción, pues cuando utiliza este término se refiere a un medio extintivo de obligaciones, y no lo emplea en su acepción más amplia, esto es, como un negocio o acuerdo entre las partes.⁸

La transacción ya existía en el Derecho Romano y su denominación actual deriva del verbo latino *transigere*, que significa arreglar una controversia o concluirla por acuerdo entre las partes. Aunque, como hemos expresado, en el sentido vulgar se aluda con el vocablo «transacción» a toda clase de convenciones, en su significado jurídico estricto—coincidente con su etimología—se designa así al acto jurídico cuya finalidad inmediata es la de extinguir obligaciones o relaciones jurídicas litigiosas o dudosas.

⁵ *Idem*.

⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1982, decimoquinta edición, tomo VIII, pp. 163-165.

⁷ El mismo Cabanellas se encarga de efectuar un desarrollo acerca de los diversos significados de la palabra transacción, al igual que analizar, entre otros temas, su concepto en el Derecho Civil, su naturaleza, sus semejanzas con la conciliación, su ámbito y las bases institucionales de la transacción.

⁸ La posición de nuestro ordenamiento civil respecto de este concepto puede verse claramente a través de una revisión sistemática del articulado del Código Civil, cuyas normas pertinentes (además de aquéllas en las que se regula orgánicamente la transacción) son los artículos 167, 448, 487, 1179, 1188, 1455, 1500, 1652 y 1889.

El artículo 832 del Código Civil argentino define a la transacción como «un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas». Luis de Gásperi,⁹ comentando este precepto, que fue inspirado en la obra de Aubry y Rau y en el artículo 1196 del Proyecto de Freitas, manifiesta que se resiente de la insuficiencia notada en el artículo 2044 del Código Civil francés, en cuanto limita los fines de la transacción a extinguir obligaciones litigiosas ya nacidas o a precaver litigios eventuales.

El citado profesor paraguayo considera con acierto que la transacción podría (y debería) tener por objeto no sólo relaciones jurídicas obligatorias, sino también las reales, familiares o sucesorias que estén dentro de las facultades de disposición de las partes y pueda, además, mirar a su reconocimiento y cumplimiento. De esta forma no sería posible, desde luego, transigirse sobre la existencia o validez del matrimonio, materia ajena a las facultades de disposición de los particulares.

Llambías¹⁰ señala que, en un sentido vulgar, transacción es cualquier convenio, concierto o pacto entre dos personas, como por ejemplo una transacción inmobiliaria que alude a la negociación referente a un inmueble, o las transacciones mercantiles que se realizan en las bolsas de comercio, pero agrega que no es con ese significado que se emplea esta expresión en el lenguaje del Derecho. En un sentido técnico —dice—, la transacción es un convenio específico, que se define por su finalidad y por los medios escogidos para alcanzarla; el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr

⁹ DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1945-1946, tomo II, pp. 213 y 214.

¹⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, tomo III, pp. 71 y 72.

aquel resultado, por lo que es dable concebir la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamentos.

En su acepción cotidiana, la palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones. Como manifestamos al inicio de este análisis, se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la bolsa, de transacciones financieras, de la industria o del comercio, etcétera. Pero en su sentido jurídico, si bien en cuanto al fondo hay identidad en la definición, la palabra transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver mediante concesiones recíprocas un asunto dudoso o litigioso.

Moisset de Espanés¹¹ señala que la transacción es un medio de solucionar no solamente un diferendo entre acreedor y deudor, sino que también es un medio de poner fin de manera definitiva, por ejemplo, a derechos reales, a derechos sucesorios. Puede tratarse no sólo de obligaciones, porque con eso quedará empuñecida la cuestión; resulta más correcto hablar de situaciones jurídicas dudosas, o situaciones jurídicas que están sometidas a pleito, que pueden pertenecer tanto al derecho de obligaciones como al derecho real o al derecho sucesorio.

El Código Civil brasileño de 1916, en su artículo 1025, establecía que es lícito a los interesados prevenir o terminar el litigio mediante concesiones mutuas. Levenhagen,¹² comentándolo, señala que este precepto da la conceptualización técnico-jurídica de la transacción, que difiere sensible y sustancialmente de la que comúnmente se le da, pues en sentido vulgar transacción es cualquier negocio, como una venta, una permuta, un acuerdo, etcétera, es decir, es una convención principalmente de carácter económico, como son las transacciones bancarias, comerciales, inmobiliarias. Ya en sentido jurídico propiamente dicho, transacción

¹¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavallá, 2004, tomo III, p. 154.

¹² LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentários didáticos. Direito das Obrigações*. São Paulo: Atlas, 1978, p. 163.

(como expresamente dispuso el artículo 1025) es el acto jurídico por el cual los interesados previenen o terminan el litigio mediante concesiones mutuas.

En otras palabras, 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 objeción sobre la relación jurídica y las concesiones mutuas— son específicas para su caracterización.

Respecto a estas dos características particulares de la transacción, debemos destacar que se trata del eje sustancial (y no meramente formal) de la figura. Hay códigos civiles que plasman este aspecto. Por ejemplo, el Código Civil alemán (BGB) es bastante expresivo al mencionar el factor incertidumbre sobre su relación jurídica, elemento sustancial para entender el concepto e importancia de la transacción. Así, en su artículo 779, define a la transacción como un acuerdo por el que se termina por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho. Asimismo, el Código polaco de las Obligaciones también incide sobre este aspecto psicológico, crucial para la existencia de la transacción, y así vemos que en su artículo 621 establece que las concesiones recíprocas pueden tender a concluir un litigio existente, prevenir un litigio a producirse, suprimir la incertidumbre respecto de las pretensiones derivadas de una relación jurídica o asegurar su realización.

Podemos concluir que, por medio de la transacción, las partes transforman un estatus jurídico inseguro por otro seguro, a través de sus mutuas concesiones.

La jurisprudencia nacional también ha señalado lo siguiente: «Transacción es un acto jurídico bilateral y consensual donde, al hacerse mutuas y recíprocas concesiones, las personas extinguen obligaciones

dudosas o litigiosas, constituyendo el documento privado que la contenga un título ejecutivo».¹³

2.3. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica de la transacción, existen tres posiciones que intentan explicarla en función del ángulo desde el que la enfocan. Una primera considera que es un contrato o una convención; una segunda estima que se trata de un acto jurídico bilateral; y una tercera, a la que se adhiere el Código Civil peruano de 1984, la ubica como un medio extintivo de obligaciones.

2.3.1. La transacción como contrato

Parte importante de la doctrina y de las legislaciones¹⁴ consideran a la transacción como un contrato, sujeto a las disposiciones de carácter general que rigen a éstos (la capacidad, el objeto, el modo, la forma, la prueba y la nulidad).

En general, se concuerda sobre este punto que el origen de la transacción como contrato se encuentra en el artículo 2044 del *Code*, norma positiva que la define como un contrato en el que se da una renuncia recíproca de las partes. No se trata de una renuncia simple, ni de un desistimiento, ni de una condonación, sino de un sacrificio mutuo de las partes respecto a sus pretensiones, es decir, de concesiones recíprocas. De esa forma, la transacción no es otra cosa que un contrato consensual, bilateral (es decir, sinalagmático), declarativo y no traslativo de derechos, indivisible (no admite nulidades parciales) y que —en cierta medida— participa de los caracteres de la cosa juzgada.

¹³ Expediente n.º 1588-2005-Lima.

¹⁴ A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes Códigos: el francés (artículos 2044 a 2058), el alemán (artículo 779), el polaco (artículo 621), el italiano de 1942 (artículo 1965), el venezolano de 1942 (artículos 1713 a 1723), el mexicano de 1927 (artículo 2944), el uruguayo (artículo 2147), el chileno, el boliviano de 1976, el Proyecto de Reforma argentino de 1936, etcétera.

Pero es conveniente anotar que su verdadero origen se remonta a los romanos, para quienes las concesiones recíprocas eran un requisito de adquisición de un derecho indiscutible mediante la transacción (*transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minime procedit*).¹⁵

Quienes ubican la transacción dentro de los contratos, y no dentro de los modos de extinción de las obligaciones, señalan que la transacción no se limita a esta última función, sino que, por el contrario, puede tener el objeto de que las obligaciones se cumplan y reconozcan. Y en este punto no les falta razón.

Sin embargo, definir la transacción como un contrato en algunos casos ha sido dejado de lado, como en Argentina. Así, el Proyecto de la Comisión argentina de Reformas al Código Civil, en su artículo 1342, ubicaba la transacción como un contrato, pero Vélez Sarsfield, influido por la autoridad del Código austríaco (artículo 1380), del Landrecht prusiano y del Proyecto de Freitas (artículo 1196), se apartó de aquel método. Siguiendo la línea de aquéllos, es decir, concibiendo la transacción como un acto jurídico (cuya noción, como sabemos, va más allá que la del contrato), Vélez Sarsfield la ubicó inmediatamente después de la confusión (para nosotros consolidación), entre los modos de extinción de las obligaciones, aunque no de todas ellas, sino de las de carácter dudoso o litigioso.

Para Luis de Gásperi,¹⁶ quienes sostienen que la transacción es algo más que un modo de extinguir obligaciones tienen razón, pero no la tiene menos el Código de Vélez Sarsfield en cuanto la define como acto jurídico, que siendo una idea más general y más amplia que la de contrato, no impide que lo sea. Pero este autor considera tal vez un exceso

¹⁵ Recordemos que el concepto de sinalagma proviene de la filosofía griega, como premisa primordial de la justicia conmutativa, que formaba parte del concepto de justicia particular que concibió Aristóteles. Los romanos tomaron éste y otros preceptos, como sabemos, de los principios griegos de justicia.

¹⁶ DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, p. 214 y ss.

de ambigüedad situarla como un acto jurídico, ya que la transacción reviste carácter netamente contractual y, por lo tanto, debe ocupar lugar entre las figuras de este género. Lo propio opina respecto de la novación, que debería ubicarse entre los contratos extintivos, como la renuncia y la rescisión. Para el profesor De Gásperi, estos cambios convendrían a la economía de un Código.

Vemos que tales consideraciones están provistas de buenos argumentos, ya que las concesiones recíprocas implican renunciaciones recíprocas de derechos, de donde se desprende su carácter sinalagmático: una de las partes es titular de un derecho dudoso o litigioso y hace abandono o condonación parcial o total; la otra parte, que se ve beneficiada por esta concesión, en virtud de la reciprocidad (o sinalagma) se obliga a cumplir una prestación determinada (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, o una combinación de éstas) en beneficio de la primera. Y como contrato sinalagmático, la obligatoriedad de cada prestación está en función del cumplimiento de la otra parte. Es así como la pretensión renunciada o condonada se encuentra expuesta a la *exceptio non adimpleti contractus*, lo que equivale a decir que subsiste en tanto la prestación prometida a cambio no sea cumplida.

Según De Gásperi,¹⁷ si lo que se promete a cambio del derecho renunciado es una suma de dinero o una parte alícuota de las cosas litigiosas, el contrato será conmutativo. Si, en cambio, lo que se promete depende de un suceso fortuito, como una renta vitalicia, la transacción será aleatoria, porque el valor del derecho renunciado será incierto.

Por su parte, Larenz¹⁸ sostiene que la modificación de una relación obligatoria puede ocurrir también por medio de una transacción, ya que éste es un contrato por el cual se elimina, por medio de recíprocas concesiones, el litigio o la inseguridad (si bien solamente entre los

¹⁷ *Idem*, p. 215 y ss.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, pp. 136-139.

interesados) acerca de una relación jurídica. La relación jurídica controvertida puede ser una relación obligatoria u otro tipo de relación jurídica (como, por ejemplo, un derecho real, o una pretensión de derecho sucesorio), siempre que los participantes en ella puedan disponer de ésta. Larenz, sin embargo, limita las transacciones a lo que afectan a la relación obligacional. Toda relación de deuda —e igualmente, las pretensiones individuales derivadas de éstas— puede ser objeto de transacción cuando acerca de ella se origine un litigio o una incertidumbre.

Esta visión de la relación obligatoria como un todo, y no fraccionadamente, sobre el cual se realiza la transacción también como un todo (así, las disposiciones necesarias a tal fin —reconocimientos, remisiones—, como la eventual aceptación de obligaciones accesorias, están contenidas también en la transacción, sin que para ello se requieran especiales «actos de ejecución»), es bastante interesante y, a nuestro entender, acertada, ya que de lo contrario cabrían impugnaciones parciales respecto de cada concesión, complicando aún más la relación jurídica y esto, a todas luces, resultaría peligroso y no conduciría a esta figura a su razón de ser: solucionar conflictos armoniosamente.

Por su parte, Rezzónico,¹⁹ refiriéndose a la naturaleza de la transacción, apunta que el artículo 832 del Código Civil argentino señala que ella es un acto jurídico (porque tiene por objeto extinguir obligaciones) y bilateral (porque requiere concesiones recíprocas, es decir, concurso de voluntades). Pero este autor considera que su naturaleza es contractual, debido a que el propio Código Civil argentino la remite, en su artículo 833,²⁰ a los contratos. Además, siguiendo la pauta de identificar la voluntad del legislador, para lo cual se remonta al *Code*, Rezzónico recuerda que Aubry y Rau y Baudry-Lacantinerie, entre otros, opinan que

¹⁹ REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961, volumen II, pp. 1026 y 1027.

²⁰ Artículo 833.- «Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título».

la transacción presenta los caracteres de un verdadero contrato, porque ella tiene por objeto regular los derechos de las partes.

En efecto, por las razones señaladas podríamos concluir que la transacción es un contrato, ya que presenta características no sólo afines, sino identificables con éste: es consensual (se celebra mediante el acuerdo libre y voluntario de las partes); es bilateral, porque impone a las partes obligaciones recíprocas (sinalagmático); es a título oneroso (comutativo o aleatorio, según los casos, por lo mismo que es sinalagmático); y, finalmente, es formal, puesto que su existencia depende de la observancia de la forma prescrita (*ad solemnitatem*).

Como sabemos, siguiendo la línea conceptual de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la clasificación de los contratos de acuerdo a su función, éstos pueden ser; (a) constitutivos; (b) reguladores; (c) modificatorios; y, (d) extintivos. La transacción, entonces, sería un contrato que estaría destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, naturaleza contractual que se deriva claramente de la lectura de los artículos 1302 y 1351 del Código Civil peruano. Constituye, además, la penúltima forma de extinción de las obligaciones que consigna el Código Civil de 1984.

Decimos que la transacción es un contrato creador, regulador, modificatorio o extintivo de obligaciones, por cuanto, por esta vía, las partes pueden solucionar sus diferencias, ya sea creando obligaciones distintas a las anteriormente contraídas, o regulando, modificando o extinguendo las ya existentes, con el propósito de que con las precisiones que se efectúen se superen los problemas que amenacen conducir a un proceso judicial o a la continuación de éste.²¹

²¹ Sabemos que al decir «regular» un contrato no se está incluyendo o abarcando la idea de «modificarlo», puesto que la regulación carece del alcance que significa cambiar lo existente. La modificación implica, pues, un cambio en lo establecido por contrato entre las partes, pero debemos tener presente que este cambio no es total, sino solamente parcial, y hasta cierto punto accesorio (pues no se altera lo sustancial). Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y

2.3.2. *La transacción como acto jurídico*

Hay autores para quienes la transacción difiere en su naturaleza a la del contrato, debido a que, al igual que la novación y el pago, la transacción constituye un acto jurídico bilateral cuyo fin es la liberación. Es decir, se trata de una convención liberatoria y no de un contrato, ya que extingue obligaciones, en lugar de hacerlas contraer (que es el efecto propio de un contrato). Son de esta opinión los profesores Llerena, Colmo, Lafaille, Levenhagen y Boffi Boggero, entre otros.

Héctor Lafaille²² considera que la transacción no es propiamente un contrato y sí un «acto jurídico bilateral», según lo denomina el artículo 832 del Código Civil argentino. Podría, cuando mucho, dentro del léxico que admite Lafaille, formar una «convención», concepto genérico, pero no un «contrato», vocablo que no debe aplicarse a los acuerdos de voluntades destinados a extinguir obligaciones, y así podría mantenerse para esta última palabra el carácter de fuente específica y principal de los derechos creditorios.

Expresa Lafaille que la gran semejanza que ofrecen ambas categorías, explica sin dificultad el artículo 833 del Código de Vélez Sarsfield, así concebido: «Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las

LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2008, tomo I, pp. 87 y 88), refiriéndose a la regulación de un contrato, señala que «Un contrato puede precisar los alcances de la relación jurídica creada por una fuente de las obligaciones, especialmente por un contrato previo, bien sea interpretando la fuente de la relación jurídica [...] o bien estableciendo reglas de detalle (procedimiento de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos, plazos para el cumplimiento, etc.), que sin constituir una modificación no estaban precisados en la relación jurídica original. La práctica revela cuán a menudo las partes obligadas consideran conveniente regular los alcances de sus respectivas obligaciones, sin aumentarlas, disminuirlas o, en general, cambiarlas».

Finalmente, debemos señalar que el profesor Moisset de Espanés se adhiere a esta corriente de pensamiento (MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, p. 104).

²² LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo VI, volumen I, pp. 399 y 400.

excepciones y modificaciones contenidas en este título», resultado que Lafaille estima se hubiera obtenido no obstante el silencio de la ley, a mérito de la conocida regla inserta en el artículo 16 de dicho Código.

Agrega el citado tratadista argentino que varios de los autores de su país consideran esta figura, en realidad, un contrato, pero, según su criterio, no toman en cuenta que si tal hubiera sido el pensamiento de Vélez Sarsfield, no se hubiera expresado en la forma que resulta del artículo 832, ni tampoco habría tenido ninguna razón para formular el texto comentado. Para quienes sustentan la doctrina impugnada, esta figura forma parte de los contratos consensuales, a título oneroso y sinalagmáticos.

Además, Lafaille recuerda que la ley ha insistido excesivamente acerca de este punto, pero sea que medie una semejanza o verdadera identidad entre el contrato y la transacción, hubiese bastado con haberlo dicho en el artículo 833, siendo, por lo tanto, superfluas las referencias de los artículos 837 y 857, que vienen a repetirlo, fuera de que en otros varios se consignan disposiciones relativas a la capacidad (artículos 839 a 841) o acerca del objeto (artículo 848, por ejemplo).

Para Levenhagen,²³ si bien la naturaleza jurídica de la transacción encuentra en la doctrina y en el mismo Derecho Internacional fuerte antagonismo —puesto que hay quienes la conceptúan como contrato (contrato sinalagmático, consensual y a título oneroso)—, él considera que no obstante exigirse, para su existencia legítima, los mismos elementos imprescindibles que para los contratos (como la capacidad, objeto lícito, consentimiento válido, etcétera), otras condiciones especiales deben integrarla y, entonces, siendo un acto jurídico, no puede ser incluida entre las formas de contratos, pues éstos crean obligaciones y la transacción apenas adecua situaciones en cuanto a derechos ya existentes, ya creados.

²³ LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 164.

Sin perjuicio de un posterior análisis, creemos que es indudable que la transacción es un acto jurídico, sin que esta consideración impida que también sea —obviamente— un contrato.

2.3.3. La transacción como medio extintivo de obligaciones

Como sabemos, la transacción no es regulada por el Código Civil peruano como un contrato o como un acto jurídico bilateral (en estricto), sino como una de las formas de extinción de las obligaciones, al igual que el Código Civil de 1936, el cual modificó en este punto al Código Civil de 1852, que la colocaba dentro de los contratos.²⁴ Se identificó como momento preponderante de la transacción al extintivo de las obligaciones, por lo que se consideró más adecuado ubicarla en ese rubro que en el de los contratos.

León Barandiarán compartía este planteamiento.²⁵ Las razones esgrimidas por el tratadista peruano enfocaban el tema desde el mismo ángulo, es decir, si bien la transacción era abordada por la generalidad de los cuerpos legales como un contrato, había códigos (Austria, Argentina y Brasil) que ya la legislaban como un medio de extinguir las obligaciones debido a que, en realidad, este último carácter es el resaltante en ella. Y añadía que, de acuerdo con ese criterio, se llegaba a la conclusión de que no podía reputarse la transacción como un contrato *stricto sensu*,

²⁴ Resulta de interés conocer el argumento preponderante en que se basó la Comisión para optar por este cambio (Manuel Augusto Olaechea y Olaechea en COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Exposición de Motivos del Libro Quinto*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936, fascículo VI, pp. 112 y 113): «Si la transacción es el acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, es forzoso convenir en que la transacción no es propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinguir obligaciones. Algo más que esto: la transacción es un modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se pueden extinguir derechos reales y derechos hereditarios. La transacción es contrato en cuanto representa el resultado de la concordia de las voluntades; pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorias preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada la institución en el plan del Anteproyecto, que en la Sección del Código vigente que se ocupa de los contratos».

²⁵ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1954, tomo II, pp. 555 y 556.

porque un contrato crea derechos y obligaciones; en cambio, la transacción sólo es declarativa de derechos.

Continuaba León Barandiarán manifestando que si se considera los contratos en su sentido más amplio, la transacción podría ser calificada como tal. Pero, en realidad, de esta forma se mengua la verdadera importancia de la transacción, que es, en el fondo, que las partes mismas se hacen justicia, resolviendo sus conflictos sin intervención de la autoridad pública o de terceros.

La Comisión Revisora del Código Civil peruano,²⁶ al ubicar a la transacción como un medio de extinción de obligaciones, de la misma forma que el Código anterior (1936), siguió el siguiente razonamiento: primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto; de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas;²⁷ de otro lado, y aquí radica su base diferencial, la transacción es una forma de extinguir obligaciones porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la transacción. Los argumentos, pues, son similares a los que impulsaron al legislador del Código de 1936 a colocar la figura en este rubro. Se trata de focalizar su ámbito de aplicación. Así, nos apartamos de las soluciones legislativas consagradas por los códigos civiles de Francia, Italia, Holanda, España, México, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Alemania y el Código de Obligaciones de Polonia.

²⁶ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. La transacción*. En diario oficial *El Peruano*, Separata especial, Lima, 3 de diciembre de 1990, p. 5.

²⁷ Este razonamiento procede de una lógica limpia: la naturaleza contractual de la transacción se desprende de la definición que el artículo 1351 del Código Civil establece del contrato. Entonces, siendo el contrato el acuerdo de dos partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, la transacción se encuadra dentro de los alcances de esta definición. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302 del Código Civil, según el cual se admite que la transacción pueda crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de las que son objeto de controversia.

Cuestionando la ubicación de la transacción como un medio extintivo de obligaciones, Alterini, Ameal y López Cabana²⁸ critican la metodología que el Código Civil argentino ha seguido respecto a la transacción, señalando que dicho Código legisla la materia dentro de la parte concerniente a la «extinción de las obligaciones», siguiendo a Freitas, método que adoptaron luego los Códigos del Brasil y del Perú (se refieren al Código de 1936). Asimismo, recalcan que la mayoría de legislaciones adoptaron, en cambio, la directiva del Código Civil francés, que trata a la transacción como un contrato particular.

2.3.4. Nuestra opinión

En opinión nuestra, la transacción es un acto jurídico (qué duda cabe) puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Asimismo, puede ser un contrato, por las mismas razones, esto es, por versar la transacción sobre relaciones jurídicas patrimoniales.²⁹ Ambos conceptos no son, pues, excluyentes, sino complementarios.

Sin embargo, dado que esta figura supone una relación jurídica previa entre las partes, de la cual ha surgido algún asunto dudoso o litigioso, se trata que, por medio de las concesiones recíprocas (que pueden —desde luego— crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia) se extingan obligaciones mutuas entre las partes. En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura, reside en una extinción de

²⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL Oscar José y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomo II, pp. 349 y 350.

²⁹ En términos generales, no se concibe una transacción que no verse sobre cuestiones de índole patrimonial, ya que los derechos u obligaciones extrapatrimoniales son intransigibles, particularmente los relativos al Derecho de Familia, pues estas áreas interesan al orden público. Pero en este último caso pueden darse excepciones, como la que prevé el sistema argentino en su artículo 843, al permitir la transacción sobre cuestiones relativas a la validez o nulidad del matrimonio si tal transacción es en favor de su validez (la ley autoriza esta transacción con el fin de favorecer la institución matrimonial). En el Derecho peruano, en cambio, sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esa forma se zanja una discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica como un medio extintivo de obligaciones, lo cual, repetimos, no implica negarle su condición jurídica de contrato ni mucho menos de acto jurídico.

Asimismo, la transacción debe reunir, en cuanto a su objeto, las mismas condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos, iguales a las previstas para los actos jurídicos en general. De acuerdo con este criterio, la transacción debe contener como requisito de validez (además del agente capaz y la observancia de la forma prescrita) un objeto que sea posible, física y jurídicamente, así como un fin lícito. En consecuencia, la transacción precisa tener como objeto bienes o prestaciones que se encuentren en el comercio o, en todo caso, que la ley no haya prohibido transigir sobre ellos, y finalmente, que tal objeto sea determinado, es decir, preciso y cierto.

2.4. Importancia

El propósito del legislador de 1984 al robustecer la transacción otorgándole un tratamiento detallado ha sido facilitar a las partes contar con un medio eficaz para solucionar sus diferencias, es decir que la transacción constituya uno de los mecanismos ágiles de solución de conflictos sin la intervención de los tribunales de justicia. Por medio de la transacción las partes «se dictan su propia sentencia», ahorrándose los costos (de toda índole) que implica un proceso.

Atendiendo a estas razones de celeridad, economía y eficiencia, el actual Código amplió el ámbito de la transacción y de esta forma se ha abierto la posibilidad para que las partes resuelvan sus diferencias, siendo lo más resaltante el que puedan comprender en la transacción a todas sus relaciones jurídicas, sean o no extrañas a la controversia y aun

cuando fueren pacíficas. Cabe destacar que se ha otorgado mérito ejecutivo a la transacción celebrada fuera de juicio.

Un aspecto primordial lo constituye el hecho de que la ley peruana no admite la lesión en la transacción en caso de que hubiese desproporción entre las concesiones recíprocas, puesto que no se exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. De esta forma se impide que lo perseguido con esta figura (evitar que un juicio se promueva o prosiga) se pierda por la vía de la lesión, ocasionando a la larga mayores inversiones en tiempo y dinero, y obstaculizando que se cumpla el cometido de la transacción. Según el razonamiento del legislador peruano, admitir la lesión en estos casos importaría reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieron las partes para arribar a la transacción. Sin embargo, tal como se verá más adelante, hay lugar a abrir una discusión sobre los alcances y pertinencia de la prohibición a que estamos haciendo referencia.

Otro cambio introducido en mérito a la importancia de la transacción dentro de las relaciones civiles es el haber atenuado el requisito de la forma necesaria para su celebración, el cual —en el Código vigente— es que ella conste por escrito (bajo sanción de nulidad), sin requerirse la formalidad *ad solemnitatem* de la escritura pública que según algunos autores exigía, en tal condición, esto es, como formalidad insalvable, el Código Civil de 1936.

La doctrina francesa de los exégetas consideraba este contrato como uno de los más útiles entre aquéllos establecidos en el Código de Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis*, debido a que gracias a él los procesos podían evitarse o terminar amablemente, y así los asuntos que envolvían los intereses más discordantes y ardientes llegaban a resolverse con sentimientos pacíficos. El principio que justifica la existencia de la transacción se reduce, pues, al beneficio de la paz y la tranquilidad, la cual se pierde en los procesos tormentosos: *Melior est certa pax quam*

sperata victoria. Por ello es que las leyes le reconocen una autoridad semejante a la judicial.

Troplong,³⁰ uno de los autores más representativos de la escuela de la exégesis, es enfático al señalar que el proceso es la última ratio y que es necesario que los negociadores hábiles prevengan el escándalo, que atemperen las exageraciones del Derecho, muy dispuesto a exaltarse y a ponerse tirante. Consideraba que se requiere que «los amigos del pleito limiten a este *servius Sulpicius* ponderado por Cicerón, no solamente debido a su ciencia casi divina, sino incluso por sus esfuerzos por conciliar diferencias». Esto no quería decir, como para los satíricos, que la justicia humana no fuese más que un juego de azar y que el magistrado que la administrase se debía al mejor postor.³¹

A decir verdad, la importancia de la transacción es enorme, ya que se extiende, como hemos señalado, a todas las esferas privadas cotidianas, comerciales y hasta al Derecho Internacional, pues los tratados y acuerdos internacionales (en particular los de paz) son verdaderas transacciones en las que los países, luego de delinear los intereses comunes y determinar los asuntos en conflicto, realizan concesiones recíprocas y solucionan sus discrepancias.

El Código Civil chileno, en el artículo 246, define la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o previenen un litigio eventual. Sobre la trascendencia de la transacción en ámbitos mayores a éste, Álvaro Ortúzar Santa

³⁰ TROPLONG, Théodore. *Droit civil expliqué, De la Vente*. París: Charles Hingray ed., 1856, tomo XVII, p. 549.

³¹ Como anota Troplong, si este triste retrato reflejó con verdad las costumbres judiciales romanas, es embustero para los tribunales de Francia, los que siempre han sido renombrados por su integridad y por su virtud austera; pero ocurre que los juicios humanos están sujetos a error, la malicia de los litigantes puede sorprenderles, un olvido pasajero, un descarrío involuntario en la razón pueden desvirtuarlos y siempre hay una oportunidad incierta en un proceso, además de la certeza de los tormentos, vejaciones, animosidades, que son más abundantes; por lo cual, la transacción es, desde entonces, la solución más deseable; y constituye un bello pensamiento el de este himno de la Iglesia católica dirigiéndose al Señor para decirle en sus plegarias: *¡Dissolve litis vincula! ¡Astringe pacis foederal!* (*Idem*, p. 550).

María³² señala que la transacción no se distingue sólo por ser un contrato de carácter privado, como tantos otros que reglamenta el Código Civil, ni tampoco su único objeto es terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. En realidad, la transacción es en el fondo un significativo gesto de paz, cuya esencia consiste en aceptar, recíprocamente, parte de una pretensión contraria que en principio se rechazaba por injusta, irracional o falsa, obteniendo, a cambio, certeza jurídica y estabilidad permanentes. Si bien la transacción es un contrato, en el sentido de que ambas partes se obligan recíprocamente a dar, hacer o no hacer algo, no es menos cierto también que, al transar, las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Este autor pone énfasis en el ambiente psicológico especial en el que se forma el consentimiento necesario para dar vida a la transacción, el cual, por cierto, es muy distinto al ambiente que se respira al demandar judicialmente. Las partes habían evolucionado entre ellas a un estado de anormalidad en las relaciones humanas como es el de beligerancia, lo cual exige, desde luego, realizar una calificación jurídica de los hechos que motivan la controversia y, en seguida, una calificación moral o ética de la conducta de la otra parte. Sólo después de ello se demanda o se está decidido a demandar. Y ocurre que la transacción detiene ese proceso y lo transforma en un gesto de paz, donde la voluntad avanza en forma inversa a su dirección original, hasta terminar por aceptar parte de lo que antes se repudiaba por injusto, irracional o falso.

Refiriéndose al Código Civil venezolano (como sabemos, el Proyecto de Código del insigne jurista de esa nacionalidad, don Andrés Bello, fue adoptado en Chile íntegramente como Código Civil), en cuanto a cómo regula la transacción, Ortúzar pone énfasis en que el legislador captó la esencia de este particular fenómeno de la voluntad humana, de

³² ORTÚZAR SANTA MARÍA, Álvaro. «Nulidad del contrato de transacción en materia civil». En BARROS BOURIE, Enrique. *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 23 y 24.

guerra y paz, y más aún, advirtió los extraños elementos que en su desarrollo se darían cita, pues, al reglamentar la transacción, trece de los dieciocho artículos referidos al tema los dedicó a la validez de este especial contrato.

A modo de resumen, diremos que la transacción es un contrato cuya finalidad es resolver un conflicto por las propias partes mediante concesiones recíprocas; entonces su incidencia se encuentra en dos niveles: en la forma y en el fondo. A nivel formal, la transacción, siendo un contrato, apunta mucho más a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir, a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía.

Etimológicamente, la palabra resolver proviene del latín *resolvere*, que significa «aclarar, solucionar, solventar». Y es ésta la finalidad primordial de la transacción: resolver uno o varios problemas que se han suscitado entre las partes. Y tal búsqueda de soluciones al conflicto implica un ánimo que da pie a las concesiones recíprocas, ya que, de lo contrario, existiendo conflicto y ninguna intención de ceder, no hay cabida a transacción alguna; las partes en ese caso preferirían iniciar o continuar con la disputa judicial. Recordemos que un factor importante que inclina la balanza hacia la decisión de intentar transigir lo constituye la dosis de incertidumbre en el futuro.

Cada una de las partes, por su propia cuenta, realiza su personal análisis costo-beneficio respecto de lo que implica conservar el problema, llevarlo a los tribunales, continuar el proceso ya iniciado o procurar arribar a una transacción (lo que implica ceder en algunos aspectos), etcétera. Dentro de las variables que manejan las partes en este análisis se encuentran las leyes, los informes de los respectivos abogados,

los informes de peritos (especialistas), el seguimiento estricto de los requisitos procesales de forma, la jurisprudencia, la doctrina, así como afrontar gastos, demoras, malos ratos, temores y, muy especialmente, la terrible incertidumbre acerca del fallo de los tribunales. A menos que una de las partes tenga la «absoluta certeza» de ganar el juicio,³³ es decir, que carezca del elemento de incertidumbre, o que el problema tenga un trasfondo de índole personal,³⁴ lo más probable es que ambas prefieran, por considerarlo más eficiente, llegar a un acuerdo.

Es entonces cuando las partes deciden buscar entre ellas mismas la solución a su controversia. En el manejo y desarrollo de sus conversaciones conducentes a encontrar una salida pacífica al conflicto conjugarán los elementos antes mencionados, además de sus intereses concretos, sopesando la ubicación y trascendencia de cada uno hasta que se arribe a la fórmula de satisfacción mutua en que la controversia se acabará definitivamente.

Para concluir este tema señalaremos que, en síntesis, la esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente judicialmente, que las partes deciden llevar a término en forma definitiva; de esta manera, encauzan 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 obligaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el

³³ Estamos colocando el supuesto en sentido figurado, ya que nunca se puede tener, en estricto, la «absoluta certeza» de que se va a ganar un juicio, pues numerosos factores están supeditados al fallo, entre otros, la probanza. Por otro lado, hay una antigua máxima que reza «en un juicio no basta tener la razón, sino que te la quieran dar».

³⁴ Aunque aun en este caso es difícil que la parte que se siente más «segura» se encuentre en condiciones de afrontar el gasto mayor de un procedimiento judicial, que lo constituye la prolongada demora en el tiempo.

allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o la conciliación.

2.5. Asunto dudoso

Luego de haber analizado los aspectos generales de la transacción, esto es, su concepto, naturaleza jurídica e importancia, es momento de ingresar al estudio de sus principales características. Como por medio de la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso suscitado en su relación jurídica, debemos tener en claro qué significa un asunto dudoso y qué un asunto litigioso.

Dudoso es aquello «que ofrece duda», «que tiene duda», «que es poco probable, que es inseguro o eventual».³⁵ 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».

Para Guillermo Cabanellas,³⁶ dudoso es «Lo incierto. De verdad no comprobada. De insegura falsedad. De acierto o frustración no probados. De éxito muy problemático. De solvencia remota. De interpretación equívoca».

Este mismo profesor³⁷ se pronuncia respecto al término duda, señalando que se trata de «Suspensión o indeterminación de la voluntad o del entendimiento entre varias decisiones o juicios, cuando no se halla estímulo o razón bastante para aceptar o asentir entre los objetos o conceptos opuestos o diferentes. Incertidumbre sobre la verdad de un

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, p. 518.

³⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.* tomo III, p. 340.

³⁷ *Idem*, pp. 339 y 340.

hecho, noticia, proposición o aserto. Cuestión propuesta para discutirla o resolverla».³⁸

Por su objeto, la transacción se circunscribe a las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, y así las prestaciones obligatorias que nacen de la transacción deben reunir los requisitos de formalidad, licitud o libertad, determinación, posibilidad (física y jurídica) y también de valor patrimonial o económico (el objeto de la transacción son los derechos patrimoniales, y sólo por excepción, algunas cuestiones de índole extrapatrimonial que no alteran el orden público). Solamente en cuanto a la determinación del derecho a que se renuncia (la concesión que cada parte debe hacer) ya hay una diferencia sustancial entre la transacción y los otros contratos, pues si la determinación del objeto es la regla general de todo contrato (no obstante que pueda existir un cierto grado de indeterminación respecto de su cantidad), la incertidumbre del derecho sobre el que recae la transacción (*res dubia*) constituye la esencia de ésta.

³⁸ Cabanellas, posteriormente, analiza el concepto dentro del ámbito del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Político y del Derecho Procesal. Por razones obvias, nos interesa la acepción que brinda a la palabra duda en el Derecho Civil. «La duda, aun no siendo tratada con detalle, por lo general, constituye un concepto con enorme trascendencia para la esfera del Derecho. Por de pronto, la duda late en la totalidad de los litigios: pues la convicción del derecho propio no excluye nunca un resquicio al adverso fallo ante distinto criterio del juzgador. La duda da vida, en las leyes, contratos y toda suerte de negocios jurídicos, al capítulo amplísimo de la interpretación (v). Así, por ejemplo, tal circunstancia ha determinado el art. 1,289 del Cód. Civ. esp. que declara: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuera gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”. Concuerdar en parte con ese precepto el artículo 16 del Cód. Civ. arg., que preceptúa: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”». Cabanellas, como síntesis de su análisis de la palabra «duda» en todos los ámbitos del Derecho, señala lo siguiente: «Por último, con carácter general, ante toda dificultad, expectativa o eventualidad, la duda surge, ensombreciendo los espíritus de los que se enseñoorea cuando, ante los hechos intrincados y las perspectivas problemáticas, el análisis de los elementos y el cálculo de los resultados no logra confortarse con la fe coronada por la esperanza».

Basta, en consecuencia, que el asunto sea dudoso, sin que sea necesariamente litigioso. De mantenerse la duda, no es difícil que devengue (o degenera) en un asunto litigioso. En efecto, habida cuenta 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 de las partes. Entonces, las partes, si así libremente lo desean, pueden prevenir el eventual litigio por medio de la transacción.

Troplong³⁹ también señala que para que la incertidumbre del asunto se ponga de manifiesto es suficiente que haya sido posible y que se conciba, en este sentido, un temor real. No es necesario que se haya entablado un proceso. La transacción lo previene mediante sus acuerdos amables, siendo, incluso, más saludable y útil cuando va antes de los debates judiciales que cuando termina los que han comenzado. A los jueces, de hecho, les pertenece el poder de apreciar las circunstancias de donde puede derivarse la prueba al temor de una disputa. Si ellos perciben que las partes han simulado un temor aparente sobre un derecho que no era susceptible de disputa, no dudarán en retirar al contrato la denominación fraudulenta de transacción.⁴⁰

Este mismo autor precisa que no todos los asuntos pueden ser materia de una transacción, pues no se transige más que por asuntos en conflicto y dudosos. Si el derecho es verdadero y uno hace el sacrificio, el contrato ya no es una transacción, es una venta o una donación; de ahí que no hay una verdadera transacción en el acuerdo que hacen las

³⁹ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, pp. 554 y 555.

⁴⁰ Troplong, sobre la función de los jueces en los asuntos dudosos, señala que ellos sólo con graves motivos determinarán declarar el derecho no muy cierto como para poder ser objeto de una transacción, pues es necesario ponerse en el punto de vista de las partes, formar parte de sus pasiones, sus errores, recordar que la razón humana está hecha de tal manera que muy a menudo lo que es cierto para uno parece dudoso a buen número de mentes precavidas. *Plus est in opinione quàm in veritate*, dijo con gran sabiduría un texto del Derecho Romano. El juez no olvidará esta máxima: buscará menos el derecho sobre sí mismo que la opinión que las partes han tenido, observación que Troplong estima es importante y ha sido perdida de vista más de una vez por mentes muy inclinadas a olvidar el carácter de las transacciones.

partes, mientras que su proceso ha sido juzgado en última instancia. El asunto juzgado, que es parecido a la verdad misma, ha mostrado de qué lado estaba el derecho: ha terminado con las incertidumbres, la obra del juez no deja más lugar a la obra de la transacción.

Ahora bien, consideramos que es claro que si a pesar de existir un fallo judicial quedaran o surgieran dudas acerca del valor de lo juzgado, o insatisfacción por ambas partes respecto de su sentido, no habría razón para que no pudiera realizarse una transacción sobre el mismo asunto ya juzgado y sentenciado. Evidentemente, ello sería factible en la medida en que esta transacción no perjudicara el derecho de terceros.

Al respecto, y citando a Favre, uno de los más caracterizados intérpretes del Código Napoléon, Troplong⁴¹ señala que si *hoc ipsum incertum sit, an sententia, valeat, transactio valebit*; uno transige todos los días sobre los procesos diferidos en el Tribunal Supremo por sucesos que ponen en duda la validez de las decisiones soberanas. Con una razón más fuerte no habría duda acerca de la legitimidad de la transacción mientras que hubiera lugar a una apelación. Sin embargo, según Troplong, en todos los otros casos en que el asunto juzgado adquirió su último avance gracias a la liberación de todo recurso ulterior, el convenio no podría llevar el nombre de transacción. Las partes son dueñas de renunciar, donar, pero ellas no transigen, hacen cualquier otra cosa menos una transacción.

Por su parte, Salvat⁴² expresa que obligaciones dudosas son aquéllas que las partes sería y sinceramente han considerado como tales. La palabra dudosa hay que tomarla en un sentido subjetivo y no objetivo, es decir, referirse a la opinión y al sentimiento de las partes mismas que realizaron la transacción, no a la opinión que pudiera formarse sobre el asunto un juez, un abogado más o menos ilustrado o cualquier otra persona. Aun cuando en la opinión del juez o del abogado la eficacia de

⁴¹ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, pp. 554 y 555.

⁴² SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 193 y 194.

una obligación no pudiera, en lo más mínimo, parecer dudosa, si las partes la han considerado seriamente como tal, habría transacción. Esto, según Salvat, se explica porque, por una parte, los jueces o tribunales no tienen la misión de pronunciarse sobre cuestiones abstractas, como sucedería si tuviesen que resolver sobre el valor legal de obligaciones cuya eficacia los interesados directamente y de común acuerdo estimaban dudosas y, por otra, no obstante la mayor o menor seguridad de su derecho, no obstante su absoluta seguridad, si se quiere, las partes, al determinarse a celebrar la transacción han podido temer los errores de la justicia, los gastos que en mayor o menor escala quedan frecuentemente sin indemnizar, las molestias e incomodidades del juicio, la repercusión que éste podría tener sobre sus negocios, etcétera.

Relacionando en una secuencia lógica al elemento desacuerdo como generador de incertidumbre, Levenhagen⁴³ considera que la objeción sobre las relaciones jurídicas surge del desacuerdo entre las partes y con ese desacuerdo aparece la incertidumbre en cuanto al derecho de cada una de ellas. Consecuentemente, viene la posibilidad de establecerse el litigio, la demanda judicial. Así, la transacción surge, entonces, como un remedio preventivo para evitar el inicio de ese conflicto.

La controversia teórica, respecto de la objetividad o subjetividad como elemento integrante básico constitutivo de la duda, es retomada por Alterini, Ameal y López Cabana,⁴⁴ quienes en relación con las obligaciones dudosas opinan que su concepto es difícil de definir, ya que es controvertido si comprende sólo a aquellas obligaciones que «subjetivamente» las partes tienen como tales, o si son dudosas cuando «objetivamente», y a través de la opinión de especialistas, pudieran parecerlo. Los profesores citados entienden que es suficiente que las partes consideren incierto su derecho para que exista transacción, sin necesidad de requerir opinión de los expertos.

⁴³ LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 350.

De hecho no resulta, a nuestro criterio, crucial, para que se pueda transigir, que la duda provenga de obligaciones que las partes subjetivamente consideren dudosas o si objetivamente han sido catalogadas de esa forma. La razón es muy simple: puede ser que haya un «subjetivismo» puro o un «objetivismo» también puro, o inclusive una mezcla de ambos. Puede inclusive haber duda subjetiva sobre una duda objetiva, lo cual, si bien suena algo exagerado, en la realidad no lo es (la esencia de la duda es, precisamente, la confusión respecto a una diversidad de aspectos). Y, en todo caso, los asuntos dudosos no son, por lo general, puros en cuanto a objetividad o subjetividad. Cada parte puede tener una opinión de algún connotado especialista, que no sean coincidentes y de esa forma existirían criterios «objetivos» distintos. De modo que, y en resumen, si las partes consideran que hay incertidumbre, provenga ésta de donde provenga, y no se sienten satisfechas con tal incertidumbre, las puertas de la transacción están abiertas.

Llambías⁴⁵ expresa que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fueran litigiosas o dudosas no sería una transacción porque la *res dubia* es de la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta o a poner fuera de discusión una situación determinada, eliminando la incertidumbre de la relación; puede ser esa incertidumbre objetiva o subjetiva: la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.

Por nuestra parte, consideramos que un asunto dudoso es aquél en el cual existe más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o

⁴⁵ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 76.

extrajudicial. Por lo tanto, el que un asunto sea dudoso no es obstáculo para que sea litigioso, ya que puede revestir ambas características.

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 éstas 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 fuera 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».

También podría ocurrir, debido a las más diversas razones, como por ejemplo un sorpresivo estado de insolvencia del deudor, que las partes se pusiesen de acuerdo para transigir respecto de una determinada obligación, concluyendo en una situación diversa de la originalmente pactada. En esto podría haber una gran arbitrariedad por parte del deudor, pero ¿cómo evitaríamos tal arbitrariedad y el subsiguiente litigio? Y en un litigio —insistimos—, por más claro que él sea, siempre

procede celebrar una transacción. Por ello, las palabras «duda» y «litigio», a efectos de la transacción, están íntimamente vinculadas.

2.6. *Asunto litigioso*

Dentro del término litigioso están comprendidos los asuntos que sean materia de una controversia judicial (litis) o de un arbitraje.⁴⁶

Según la Real Academia Española,⁴⁷ litigio es «Pleito, altercación en juicio. Disputa, contienda»; en tanto que por litigioso entiende lo siguiente: «Dícese de lo que está en pleito. Por extensión, dícese de lo que está en duda y se disputa. Propenso a mover pleitos y litigios».

Por su parte, Guillermo Cabanellas⁴⁸ define al litigio como «Pleito. Juicio ante juez o tribunal. Controversia. Disputa, contienda, altercación de índole judicial»; al verbo litigar como «Pleitear. Ser demandante o demandado en una causa. Controvertir judicialmente. Contender, disputar, alterar»; al término litigioso como «Lo que constituye objeto de litigio o pleito. Lo disputado o controvertido en un juicio. De dudosa resolución y efectiva controversia. Propenso a suscitar litigios o causas»; y a la litis como «Pleito, causa, juicio, lite. Esta voz latina se conserva como vocablo jurídico incorporado a nuestra lengua».

La doctrina es prácticamente unánime en considerar las obligaciones litigiosas como las que son materia de juicio o pleito judicial. Sin embargo, en lo que no hay coincidencia es en cuanto a si el pleito o litigio debe ser ya una realidad o únicamente potencial.

⁴⁶ En materia de arbitraje, el Decreto Ley n.º 25935, de fecha 7 de noviembre de 1992, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día jueves 10 de diciembre de 1992, derogó las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral (artículos 1906 a 1922), habiendo sido esta norma legal, a su vez, derogada y sustituida por una nueva Ley de Arbitraje, Ley n.º 26572, de fecha 3 de enero de 1996, y que, finalmente, fue derogada por el Decreto Legislativo n.º 1071, norma que hoy regula el arbitraje, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008 y vigente desde el 1 de septiembre de ese año.

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo III, p. 838.

⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, p. 220.

Por ejemplo, Salvat⁴⁹ señala que las obligaciones litigiosas son aquéllas que constituyen materia de controversia o discusión judicial a su respecto, que estén sometidas a la decisión del tribunal, y que igualmente se ha considerado transacción sobre derechos litigiosos la que pone fin a una demanda que, habiendo sido iniciada, no estaba notificada y, por lo tanto, no existía todavía litis trabada.

Alterini, Ameal y López Cabana,⁵⁰ de igual forma, al definir la finalidad de la transacción como el camino para extinguir obligaciones litigiosas o dudosas, indican que las obligaciones litigiosas son aquéllas materia de un juicio contradictorio y que esperan ser dilucidadas por los tribunales. Cazeaux y Trigo Represas⁵¹ expresan que la obligación litigiosa es la que está sometida a juicio y que «[...] para verificar su existencia basta con constatar la materialidad del pleito en el cual sea objeto de controversia».

Cubides Camacho⁵² no distingue cuestiones dudosas de litigiosas, mencionando tan sólo las litigiosas, y basándose en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, señala que la transacción tiene como elemento específico la existencia de una diferencia litigiosa, es decir, un proceso pendiente o la perspectiva de un proceso.

Carnelutti⁵³ denomina litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, enfoque exacto en el proceso civil como nudo de éste, pero en su concepto se advierte la ausencia del planteamiento judicial, debido a que los conflictos de intereses extrajudiciales existen en mucho mayor

⁴⁹ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 193.

⁵⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, tomo III, p. 350.

⁵¹ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II, p. 333.

⁵² CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, quinta edición, p. 394.

⁵³ Citado por Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, p. 220).

número que los llevados ante la justicia, instancia última de muchos de aquéllos otros.

A nuestro entender, no cabe restringir el alcance del concepto referido al «asunto litigioso» por razones de estricto (por no decir extremo) tecnicismo, ya que de lo que se trata es de enfocar la figura de la transacción, contemplando principalmente su finalidad, y de esa forma establecer el alcance verdadero que facilite y no obstaculice su razón de ser. Por ello, la propia norma refleja tal intención por parte del legislador, al señalar que el asunto sea litigioso (palabra por demás ambigua y amplia) y no que exista un litigio (que nítidamente presupone un juicio ya encaminado).

Para la existencia del litigio es necesario que al menos la demanda se haya interpuesto y que haya sido contestada, rechazando al menos una de las pretensiones planteadas, es decir, que la litis se encuentre trabada. En el caso de la transacción esto no es necesario. Puede existir un pleito pendiente o tan sólo una demanda interpuesta, o inclusive que ningún paso se haya dado por las partes para iniciar proceso alguno, pero si el asunto pudiera ser materia de proceso (y no meramente dudoso), ya encaja dentro del concepto de asunto litigioso como complemento a los asuntos meramente dudosos. De esa forma no queda ningún aspecto que produzca incertidumbre o malestar a las partes que les imposibilite transigir.

Sabemos, en suma, que toda reclamación extrajudicial no configura litigio procesal. Aquí resulta útil la diferenciación entre asunto dudoso y asunto litigioso. La reclamación extrajudicial que no tenga posibilidades de ser interpuesta por la vía judicial constituye un asunto dudoso, en tanto que todas las demás (es decir, las reclamaciones que pueden ser materia de litigio procesal) constituyen asuntos litigiosos. Asimismo, una vez planteada la demanda, si el demandado se allanase a ella, elimina el carácter contencioso del proceso. En este caso, nunca se habría

producido litigio, aunque hasta el momento del allanamiento sí habría habido un asunto litigioso.

En el caso de un litigio en trámite, ya no se podría considerar la obligación como litigiosa (por lo que no cabría transacción) si el demandado reconociese el derecho del demandante, no obstante que éste le hiciera alguna concesión sobre aspectos aledaños a tal derecho, como por ejemplo la forma de hacerlo efectivo o acerca del importe de las costas y costos del proceso. Estos aspectos accesorios a la obligación principal son de índole «satelital» en relación con ésta: giran a su alrededor, pero no forman parte de ella.

Los derechos y/u obligaciones de las partes deben encontrarse en tela de juicio, ser inciertos, a fin de que se consideren litigiosos. Por ello, tampoco puede considerarse litigiosa una obligación si se dictase sentencia y ésta quedase consentida. En este caso ya están establecidos los derechos de las partes por el órgano administrador de justicia, por lo que cada uno sabe con certeza cuál es su derecho y, por lo tanto, tampoco cabría una transacción.

Sin embargo, en este último caso, de existir algún resquicio de incertidumbre por las partes respecto a algún punto integrante de la sentencia, nada obsta a que por medio de concesiones recíprocas celebren una transacción. Claro que se debe diferenciar los aspectos sustanciales de los periféricos. Si se trata de aspectos que no tienen que ver con el derecho controvertido *per se*, sino con la forma de pago o de venta o remate de los bienes del deudor vencido, no se puede ya hablar de transacción, sino de acuerdo, organización o arreglo entre las partes.

Debemos reiterar, para finalizar nuestros comentarios acerca de los asuntos litigiosos, que éstos también pueden (en substancia) no ser, en estricto, asuntos dudosos, ya que podría tratarse de un asunto que a pesar de ser de meridiana claridad ha sido materia de una demanda tendenciosa temeraria.

Sin embargo, como en los juicios y en todo procedimiento no basta con tener la razón, sino se requiere que concurren otros elementos (probanza, urgencia y hasta la suspicacia de que la autoridad se equivoque o simplemente que no sea imparcial), entonces podría ocurrir que a pesar de tener la razón un litigante, la sentencia que constituya cosa juzgada vaya contra sus intereses. Todo procedimiento judicial o arbitral es, por esencia, aleatorio. Esta situación de aleatoriedad no convierte en dudoso al asunto en sí, sino a su devenir, dudoso por el resultado del proceso. Por ello es que de alguna forma el elemento duda se encuentra en cualquier caso que amerite una transacción, aunque aquél sea meramente litigioso. La duda (cuya manifestación es la indeseable sensación de incertidumbre), respecto de un asunto o del posible resultado de un proceso, tiene como opción altamente viable a la transacción.

Por su parte, la jurisprudencia nacional⁵⁴ ha señalado lo siguiente: «La transacción tiene por objeto evitar un pleito o finalizar el que está iniciado, pero no puede dar lugar a un nuevo conflicto judicial por un tercero, derivado de la propia transacción».

2.7. Concesiones recíprocas

¿Qué significa realizar concesiones recíprocas? De acuerdo con la Real Academia Española,⁵⁵ la palabra concesión significa «Acción y efecto de conceder. [...] Acción y efecto de ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada». Asimismo, conceder es «Asentir, convenir en algún extremo con los argumentos que se oponen a la tesis sustentada».⁵⁶

Para Guillermo Cabanellas⁵⁷ concesión significa «Punto de la reclamación contraria que se acepta en una transacción o negociación»;

⁵⁴ Expediente n.º 1080-94-Lima.

⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, p. 352.

⁵⁶ *Idem*, p. 351.

⁵⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 253.

en tanto que el verbo conceder significa, entre otras acepciones: «Dar u otorgar alguna cosa o derecho. [...] Asentir a una manifestación ajena; admitirla».

Vemos que conceder es ceder, lo cual implica, desde luego, una posición antagónica previa. Cuando se cede es que se tenía una postura determinada que se decide relajar u otorgar al contrincante en aras de la convivencia pacífica o de algún beneficio ulterior. Se concede (o se cede) un derecho sobre algún bien. Así, Pedro puede cederle a Cristina una porción adicional respecto de un bien hereditario que a él le correspondía (o consideraba que le correspondía). También respecto a alguna materia dudosa (de ahí la expresión «le concedo el beneficio de la duda»). Conceder también puede significar otorgar una gracia que está en manos del que dispone de ella (el César podía conceder la vida a los luchadores o gladiadores que habían ofrecido una buena lucha).

Ahora deseamos referirnos al significado de reciprocidad. Para la Real Academia Española,⁵⁸ el término recíproco significa «Igual en la correspondencia de uno a otro»; en tanto reciprocidad significa «Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra». Guillermo Cabanellas⁵⁹ entiende que recíproco significa: «Mutuo. Igual en el trato o correspondencia. Con prestaciones equivalentes para las diversas partes. Bilateral»; y reciprocidad es «Igualdad en el trato. Correspondencia en las relaciones. Acción y reacción mutuas y acordes en sentido de coincidencia o discrepancia, de armonía o conflicto».

Reciprocidad implica bilateralidad, sinalagma. Ésta puede darse en obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*, a las que habría que agregar las de no hacer en cada supuesto: «doy para que no hagas» y «hago para que no hagas»). El nivel de equivalencia está en función de la valoración que las partes hagan de las prestaciones, como en cualquier contrato.

⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, p. 1153.

⁵⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VII, p. 38.

En lo que respecta al requisito de que la transacción debe implicar 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 alcanzaron sus expectativas originales, sí lograron un convenio acerca de dichas posiciones.

Consideramos elemento fundamental de la transacción el hecho de que ambas partes se hagan concesiones recíprocas. Esto quiere decir que las dos cedan sobre sus pretensiones respectivas en la parte dudosa o litigiosa. Las concesiones recíprocas son la solución al problema. Reiteramos que la reciprocidad no implica equivalencia.

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. Puede darse que una de las partes abandone o renuncie a mucho para recibir poco, pero esto es semejante a realizar una compraventa de un bien a un precio inferior al del mercado; se trata de decisiones voluntarias de partes contratantes. Y en el caso de la transacción esto es aún más complejo al existir una tensión producida por la incertidumbre, por lo que no se debe evaluar los valores pecuniarios aisladamente, sino dentro de un conflicto que se busca eliminar para restablecer la armonía y la concordia.⁶⁰

⁶⁰ Sobre este punto consideramos de interés reproducir la opinión de José León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 566): «Al transigir las partes han de hacerse sendas concesiones. Esta necesidad de las concesiones recíprocas es de naturaleza de la transacción. Pero tal necesidad en cuanto a las sendas concesiones que los transigentes se hagan, viniendo a ser característica de la operación jurídica en virtud de que *aliquid datum, aliquid retentum*, no requiere más de lo que a ella propiamente concierne; esto quiere decir que no es menester que

Un ejemplo ideal de transacción, en el cual ambas partes habrían cedido por igual, sería aquél en donde las dos partes consideren, una que debe a la otra seis mil nuevos soles, mientras que el acreedor estime que su deudor le debe diez mil nuevos soles; y que antes de promover un procedimiento judicial, ambas lleguen al acuerdo y pago de la cantidad de ocho mil nuevos soles. En el ejemplo que acabamos de señalar, la cantidad objeto de transacción sería exactamente la media proporcional entre las cantidades que sostenían como ciertas cada una de las partes.⁶¹

Pero soluciones como ésta no son siempre factibles o viables, ya que por las más diversas circunstancias será casi imposible que las partes se encuentren en igualdad de posiciones y condiciones para discutir la materia de la futura transacción. Por ello será frecuente que en materia de estas negociaciones, una parte ceda más que la otra (además de la valoración subjetiva que cada una asigne a su «sacrificio»). Lo que busca la ley es que ambas cedan en sus posiciones originarias. Si así fuese, independientemente de lo que ceda cada una, habrá transacción. Ahora bien, debemos dejar en claro que no cabe que una de las partes renuncie a la totalidad de su pretensión en el asunto dudoso o litigioso, pues esto configuraría una liberalidad (llámese renuncia, donación, condonación, etcétera) propiamente dicha y de ninguna forma una transacción. Y si ambas partes renunciasen a sus derechos, tampoco estaríamos frente a una transacción, sino a un mutuo disenso.

Alterini, Ameal y López Cabana,⁶² en lo referente a las concesiones recíprocas, estiman que este requisito caracteriza apropiadamente a la

las concesiones tengan un valor económico idéntico. La lesión, por lo mismo, en principio queda excluida [...]. La libertad de las partes es, por lo demás, completa en lo que se refiere al objeto de las concesiones, al abandono total que una parte haga en favor de la otra sobre un derecho que le puede corresponder, a una asunción de un cierto comportamiento en cuanto a un *dare*, un *facere*, un *non facere* (Boyer)».

⁶¹ También el típico y cotidiano caso de la hora para un encuentro o reunión: «Voy a las 6:00 p. m.», frente a «Ven a las 5:00 p. m.», acordar que la reunión se inicie a las 5:30 p. m. Es el principio salomónico.

⁶² ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, tomo II, p. 350.

transacción y la distingue de otras figuras jurídicas afines. La ley exige que las partes se hagan concesiones y que éstas sean «recíprocas». Cada una deberá, pues, sacrificar en alguna medida sus derechos o pretensiones; no hace falta, sin embargo, que las concesiones de cada parte sean equivalentes o de igual valor con las ventajas obtenidas a cambio: el deseo de una parte de arribar anticipadamente a una solución en un litigio de larga duración y dificultoso trámite puede llevarla a preferir este modo extintivo antes que el reconocimiento pleno de sus derechos, cuando quizá sea demasiado tarde.

A decir de Llambías,⁶³ la transacción se basa en un intercambio de sacrificios, pues si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción, que requiere concesiones recíprocas. Mientras exista reciprocidad de sacrificios no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, pues la ley no exige que haya paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio de cada cual es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición. Entonces, no es una transacción el acto de completo desmedro y hasta aniquilamiento de una de las partes, ni el allanamiento a la demanda, aunque el acto conceda facilidades de pago; pero un acto que no valiese como transacción, por ese motivo, siempre valdría como renuncia u otra convención semejante, según su índole. Cabe señalar, además, que por no ser un requisito la equivalencia de los sacrificios recíprocos, la transacción no puede ser impugnada por causa de lesión.

En igual sentido opinan Starck, Roland y Boyer,⁶⁴ para quienes no hay necesidad de que los sacrificios mutuamente consentidos sean de la misma importancia. Refiriéndose al artículo 2052 del Código Napoléon, que tiene cuidado en precisarlo declarando inadmisibles la acción de rescisión por lesión, señalan que sin duda ésta es una ilustración del

⁶³ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 75.

⁶⁴ STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Obligations*. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1992, cuarta edición, p. 229.

Derecho común, pero se preguntan si es esto adecuado según el espíritu de la transacción. Concluyen que la causa misma del acercamiento elimina la adecuación de las prestaciones respectivas. Lo que lleva a las partes a transigir es una desconfianza instintiva respecto a la justicia del Estado, temiendo la lentitud excesiva y la interpretación incierta de sus derechos. Una de ellas puede, entonces, preferir consentir un abandono fuera de proporción con el valor de la tesis jurídica de su adversario, antes que exponerse a un proceso dispendioso, interminable y en el cual el resultado es aleatorio. La tranquilidad merece un salario que no tiene medida.

Pero si sólo una de las partes cediese en sus supuestos derechos,⁶⁵ no se trataría de una transacción, sino de un acto de liberalidad (tal vez de una donación o una condonación). Por otra parte, desde la óptica del único que cede, éste no llegaría a sentirse satisfecho, sino que se ha sentido forzado a ceder, por lo que la insatisfacción no se habría resuelto, cosa que en una transacción sí ocurre porque ambas partes «reciben» como contraprestación la renuncia (concesión) del otro. Sabemos que el objeto de la transacción se orienta a transformar un estado jurídico inseguro en otro seguro y a obtener estos resultados por el intercambio de prestaciones equivalentes. A falta de tal reciprocidad, pues, el acto podría ser un reconocimiento, una donación, una renuncia, una condonación, una cesión, etcétera, lo cual no constituye jamás una transacción.

Starck, Roland y Boyer,⁶⁶ al referirse a la reciprocidad de sacrificios como supuesto básico de la transacción, donde los contratantes renuncian a una parte de sus pretensiones y se hacen concesiones recíprocas, expresan que esta reciprocidad marca la diferencia entre la transacción y otras instituciones vecinas, como la simple renuncia, la remisión de deuda o el desistimiento. En la hipótesis de que se pruebe que una sola de las partes ha consentido un abandono, la jurisprudencia aparta regularmente la calificación de transacción. Para apreciar si hubo

⁶⁵ Decimos «supuestos», pues el asunto es dudoso o litigioso.

⁶⁶ STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 228.

concesión de una y otra parte, conviene ubicarse en la situación en que las partes se encontraban en el momento de la ruptura del contrato y de buscar cuáles eran en esa fecha sus derechos y obligaciones recíprocos.

Vemos cómo las concesiones recíprocas constituyen la esencia de la transacción, ya que transigir no es otra cosa que ceder. Entonces resulta imprescindible que entre las partes se establezca un acuerdo sobre el asunto dudoso o litigioso, acuerdo que sólo es factible cediendo cada una de ellas una parte de sus derechos, a fin de encontrar un denominador común. De esta forma se extingue la obligación controvertida, evitándose el litigio judicial, pero para ello, insistimos, es imprescindible que las concesiones se hayan dado por ambas partes, que sean mutuas.

Considerando a la transacción como un consentimiento coincidente con una mutua compensación (*aliquo dato vel retento*), Troplong⁶⁷ resalta que la transacción no debe ser confundida con el juramento, el cual procede como el del consentimiento, pero la discrepancia termina sólo mediante el poder de la afirmación y sin dar ni prometer nada. El sacrificio debe ser mutuo, pues suponiendo que un heredero renuncie a demandar la nulidad del testamento que lo deshereda, no se puede considerar que se trata de una transacción, puesto que si él ha hecho un sacrificio, su adversario no ha hecho nada en su favor.

Por lo demás, la jurisprudencia nacional⁶⁸ ha señalado que: «No tiene la calidad de transacción, el convenio privado que no contenga concesiones recíprocas. Es improcedente la demanda, pues carece de mérito ejecutivo».

2.8. 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

⁶⁷ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, p. 561.

⁶⁸ Expediente n.º 22635-98-Lima.

concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas 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 diferentes 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 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 aquéllas 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 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 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 inexecución 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, aunque cabe advertir que para las transacciones judiciales hoy existe el inexplorable obstáculo previsto por el artículo 337 del Código Procesal Civil, según el cual el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

2.9. Capacidad

¿Quién puede transigir? Ciertamente sólo quien puede disponer de los objetos de la transacción. Entonces, la persona con plena capacidad sobre los bienes comprendidos en la transacción es quien puede realizar los actos de disposición correspondientes. Esta capacidad se traduce en aptitud para desprenderse, gravar, limitar o modificar los derechos comprendidos en la transacción.⁶⁹

⁶⁹ No debemos confundir este tipo de capacidad con la capacidad de goce y ejercicio de los incapaces. En cuanto a la posibilidad de los incapaces de realizar transacciones, éstos y los ausentes podrán transigir por medio de sus representantes, con aprobación del juez (artículo 1307 del Código Civil peruano).

Ya hemos manifestado que la transacción es un acto complejo y por ello hemos señalado que comprende concesiones recíprocas de diversa y variada índole (en cada una de las cuales puede haber un desprendimiento, una renuncia o una limitación a un derecho), por lo que se deberá analizar la capacidad en función del acto en sí mismo, así como en torno a los bienes que abarca la transacción respecto a los cuales se harán concesiones (es decir, enajenaciones). Entonces, la capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción se refiere a cada uno de ellos en forma individual y autónoma, siendo nula la transacción si una de las partes no podía disponer de alguno de dichos bienes.

De esta forma si, por ejemplo, la transacción comprendiese un pleito, un inmueble y derechos patrimoniales sobre alguna creación artística, cada bien deberá ser disponible en forma individual y a su vez global (o en su conjunto) por la parte que lo ceda. Esto último porque la transacción es indivisible, salvo pacto en contrario (artículo 1310 del Código Civil peruano de 1984).

2.10. Clases de transacción

2.10.1. Según si se realiza dentro o fuera del litigio

2.10.1.1. Transacción judicial

Del texto del artículo 1302 el Código Civil bajo comentario se infiere que la transacción puede ser judicial o extrajudicial (al mencionarse que por la transacción las partes pueden evitar el pleito que podría promoverse o finalizar el que está iniciado). León Barandiarán sostenía que efectuar esta precisión resultaba inútil, ya que con decir que la transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso era suficiente; «es dispendioso —afirmaba— agregar que con ella las partes

evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido».⁷⁰

Se tratará de una transacción judicial (o arbitral) en caso de que se llegue a un acuerdo para poner fin a un litigio (que como hemos visto podría ser judicial o arbitral) ya existente.

2.10.1.2. Transacción extrajudicial

Será extrajudicial respecto de un asunto que no es materia de una controversia judicial o arbitral, evitando que se promueva un litigio sobre el asunto acerca del cual se transige.

2.10.2. Según su magnitud

2.10.2.1. Transacción total

Está muy extendida la noción de que la transacción debe ser total, entendiendo por esto último que las partes, con ella, solucionan íntegramente la controversia que les atañe.

2.10.2.2. Transacción parcial

Decíamos que la generalidad de autores y de ejemplos que se citan en doctrina llevan implícita la existencia de una transacción total, pues en ningún momento se menciona la posibilidad que posteriormente a haberse celebrado el acto transaccional subsista alguno de los problemas de origen.⁷¹

⁷⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 557.

⁷¹ LLAMBÍAS (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 74) considera que el artículo 832 del Código Civil argentino es claro al señalar que la transacción consiste en un acto jurídico bilateral, es decir, emanado de dos o más personas, que tiene la finalidad de extinguir los derechos sobre los cuales recae el consentimiento de las partes. Como es lógico, señala, tal consentimiento debe concurrir sobre todos los puntos contemplados por los contratantes: no habría

El tema de la transacción parcial no se contempla de manera expresa en ninguna de las normas del Código Civil (artículos 1302 a 1312). Ello no significa, empero, que la figura no resulte factible en los planos teórico y práctico, ya que entendemos por transacción parcial aquella que pone término a alguno o algunos de los aspectos del problema o controversia existente entre las partes.

Por consiguiente, nada impide que complejas relaciones obligacionales en que se encuentren involucradas las partes se solucionen vía transacción, parcialmente, quedando las no resueltas sujetas a decisiones jurisdiccionales o arbitrales.

Y ello obedece, como lo hemos manifestado en forma reiterada, a Y que al Derecho y a la sociedad en su conjunto les interesa que en su seno exista la menor cantidad de problemas o conflictos entre las partes, propiciando una vida armónica.

Claramente, lo ideal para el Derecho sería que las partes solucionaran la integridad de los temas controvertidos, pero igualmente a la sociedad le interesa que las partes pongan fin a sus problemas (aunque sea de manera parcial), frente a la posibilidad de que subsistan en toda su magnitud.

2.10.3. Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo

2.10.3.1. La transacción como acto meramente extintivo de obligaciones

La transacción podría circunscribirse a ser un acto exclusivamente extintivo de obligaciones por el que las partes pongan fin a su controversia,

transacción por ausencia de este requisito, si no hubiese completo consentimiento por sustituir la conciencia de la divergencia de voluntades, aunque fuera sobre aspectos secundarios del negocio.

sin dar nacimiento a ninguna otra relación jurídica. En este caso, la transacción sería un típico medio extintivo de obligaciones.

2.10.3.2. La transacción como acto complejo

Pero como también ha sido expresado, la transacción puede implicar la creación, regulación, modificación o extinción de nuevas obligaciones o de obligaciones distintas a aquella o aquellas que eran materia de controversia. En la medida que del acto transaccional se deduzca la creación de nuevas obligaciones, estaremos en presencia de una transacción no sólo extintiva, sino que representará un acto complejo.

2.10.4. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto, y transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte

2.10.4.1. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto

Este caso se refiere a la transacción propiamente dicha, de la cual venimos ocupándonos desde que comenzamos a analizar el tema en el contexto del Código Civil peruano.

2.10.4.2. Transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1311 del Código Civil, cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas del respectivo título del Código Civil.

Esto significa que podría darse el caso de una transacción en la cual las partes no lleguen al acuerdo transaccional como fruto de una

negociación —que implica un ceder voluntario y recíproco en cuanto a las pretensiones de origen—. Aquí las concesiones recíprocas estarían sometidas a opciones que la suerte o el azar dirimirán. Puede ocurrir, en efecto, que las partes tengan más de una alternativa de solución al conflicto y no lleguen a ponerse de acuerdo en cuanto a la decisión de cuál es la más beneficiosa. En este caso, la suerte puede jugar un papel decisivo. Este tipo de transacción implica concesiones recíprocas, mas no en su sentido estricto, pero no deja de ser transacción en la medida en que existe de por medio la concesión de ambas partes, así como el acuerdo de recurrir al mecanismo de la suerte para solucionar sus conflictos.

2.11. Interpretación restrictiva

No se puede entender que las partes hayan transigido sobre otras cuestiones que las por ellas previstas, por lo que no cabe interpretaciones que vayan más allá de lo expresamente establecido por las propias partes. Ésta es una de las razones por las que se exige que la transacción conste por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cabe recordar el artículo 835 del Código Civil argentino, que expresamente establece que «Las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso».

Sobre este artículo son dignas de tenerse en consideración las opiniones de diversos tratadistas.

Luis de Gásperi⁷² señala que el precepto apunta a dirimir las controversias que puedan surgir por razón de dudas posteriores a la transacción relativas a su extensión y objeto.

Entiende este mismo autor que los jueces llamados a interpretar el acto deberán remitirse a la intención probable de las partes, cuidando, según dice Pont, de no dar al contrato una extensión exagerada para impedir que el reposo que aquéllas compraron al precio de la renuncia recíproca de sus derechos no sea turbado por la reiniciación del pleito, y como la intención de renunciar no se presume, según está dispuesto por el artículo 847 del Código Civil argentino, la interpretación restrictiva es de la naturaleza misma de la transacción. Lo que equivale a decir que si por vía de interpretación se ampliase el alcance de dichas renunciaciones, se desvirtuaría la común intención de las partes. Estima De Gásperi que por generales que sean los términos de la transacción, se ha de entender que ella no abarca sino los puntos de que las partes quisieron ocuparse.

Luis María Rezzónico⁷³ señala que la transacción es de interpretación estricta o restrictiva debido a que implica una renuncia recíproca y toda renuncia es de interpretación estricta o restrictiva.

Considera el citado profesor argentino que justamente porque es de interpretación restrictiva, la transacción sólo extingue los derechos litigiosos o dudosos que según la intención de las partes están comprendidos en ella inequívocamente, cuyos efectos no perjudican ni aprovechan a los demás interesados que no intervinieron en ella, aunque se trate de obligaciones indivisibles, ni afectan a terceros.

Según Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas,⁷⁴ la transacción es de hermenéutica estricta, lo que significa que la transacción sólo

⁷² DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo III, pp. 235 y 236.

⁷³ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, p. 1029.

⁷⁴ CAZEAX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, pp. 335 y 336.

comprende y extingue los derechos litigiosos o dudosos exclusivamente considerados en ella según la común intención de las partes, debiendo entenderse, en caso de duda, que no alcanza a los derechos no incluidos en ésta de manera absolutamente inequívoca.⁷⁵

Aunque en el Código Civil peruano de 1984 no existen similares preceptos a los contenidos en el Código Civil argentino respecto de la interpretación restrictiva de los actos que impliquen renuncia de derechos, no cabe la menor duda de que los principios que inspiran este parecer son también aplicables al Derecho peruano, en la medida que debe tenerse muy en cuenta el contenido literal y el espíritu del acto transaccional, pues se entiende que debe quedar claro el alcance de aquellos derechos sobre los cuales las partes se están poniendo de acuerdo en sus respectivas concesiones recíprocas. Concesiones son cesiones y, por lo tanto, renunciaciones, y éstas jamás pueden interpretarse un milímetro más allá de lo nítidamente expresado por las partes.

Finalmente, por tener la transacción carácter de cosa juzgada, es obvio que, al igual que en un juicio en el que el juez únicamente puede resolver sobre la base de los puntos controvertidos y de las pretensiones, de lo expresamente señalado (y demostrado) por las partes, y no interpretando a su libre albedrío, de igual forma la transacción debe estar sujeta al mismo criterio.

2.12. El «valor de cosa juzgada» de la transacción

El artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984, en su último párrafo, establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada. Ésta, como sabemos, constituye lo resuelto por sentencia firme en última instancia, en

⁷⁵ La razón del artículo 835 del Código Civil argentino estriba —según los profesores citados— en que aunque la ley no vea en la transacción una renuncia, ésta existe por ambas partes en los hechos, resultando, en consecuencia, de aplicación el principio de interpretación restrictiva establecido también para la renuncia de los derechos en el artículo 874 del Código Civil argentino; se sigue de este carácter que, en principio, la transacción no aproveche ni perjudique a los demás interesados que no hayan participado en ella.

juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, y contra la cual ya no se admite recurso alguno. Por ello, la cosa juzgada se eleva al nivel de las verdades, adquiere la categoría de Derecho puro y no cabe contradecirla.⁷⁶

⁷⁶ Guillermo Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.* tomo II, pp. 397 y 398.) reproduce los más generalizados conceptos técnicos, teorías y normas positivas sobre la cosa juzgada, por lo que consideramos de interés transcribirlos:

«1. Conceptos técnicos.- Según Manresa se da este nombre “a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia”. Para Escriche se denomina así lo “que se ha decidido en juicio contradictorio, por una sentencia válida de que no hay o no puede haber apelación sea porque la apelación no es admisible, o se ha consentido la sentencia; sea porque la apelación no se ha interpuesto dentro del término prescrito por la ley; o habiéndose interpuesto, se ha declarado por desierta”. Para Chiovenda se está ante la incontrovertibilidad de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia.

2. Teorías.- Resumiendo la exposición mecanográfica de Silva Melero, entre las principales formuladas sobre la materia, a un lado de la de Savigny, fundada en la fusión de verdad, aparece la de cuasi contrato judicial, consecuencia de someterse voluntariamente las partes al resultado del proceso, en virtud de contrato judicial perfeccionado por la *litis contestatio* (v).

Para Hellwig, el contenido de la sentencia no afecta las relaciones jurídicas substanciales, que subsisten en el caso de error judicial. El efecto de la cosa juzgada es de índole procesal, frente a los órganos jurisdiccionales, obligados a observar lo juzgado; lo cual los imposibilita no sólo para juzgar en contrario, sino hasta para iniciar cualquier otro juzgamiento sobre lo mismo.

Bülow se sitúa en la posición de constituir 1: cosa juzgada una ley especial. Para Goldschmidt, la cosa juzgada es la validez judicial de una pretensión procesal como fundada o infundada; ante todo, la exterioridad de una doble ordenación jurídica. La validez de la sentencia se apoya en el poder del juez. La cosa juzgada está más allá del Derecho, porque la aplicación de éste por los jueces se mantiene fuera de la ordenación jurídica. El Derecho le reconoce a la cosa juzgada que sea reconocida como derecho.

Situándose en terreno más práctico que teórico, Alsina declara que, en el proceso, las partes no pretenden sino una declaración definitiva sobre la cuestión litigiosa, de manera que no pueda ser discutida de nuevo ni en ese proceso ni en ningún otro; y que, de contener una condena quepa ejecutarla sin nuevas revisiones. Deduce dos efectos de ello: uno negativo, porque la parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada no puede plantear de nuevo la cuestión ante los tribunales; y otro positivo, en el sentido de que la parte cuyo derecho haya sido reconocido en la sentencia, puede obrar en justicia sin que ningún juez pueda desconocer la cosa juzgada.

3. Normas positivas.- En una posición generalmente compartida, el Cód. Civ. esp., se ocupa de la cosa juzgada entre las presunciones, aunque su lugar técnico correcto pertenezca a los efectos de las sentencias y fallos. Determina su art. 1.251 que, “contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión”. Además, para que surta sus efectos en otros juicios se requiere que entre el caso sentenciado y aquél en el cual se invoca, exista la perfecta identidad de cosa, causa, personas y calidad de los litigantes. La indivisibilidad de las prestaciones, la solidaridad y el ser causa-habiente del primer litigante no destruyen la identidad de personas a tal efecto. La presunción de cosa juzgada se extiende a terceros, por razón de orden público, cuando el fallo se refiera al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias (artículo 1.252).

La Comisión Revisora del Código Civil peruano⁷⁷ expresa lo siguiente:

El tercer párrafo (del artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984), introducido por el legislador a propuesta de los doctores Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Cárdenas Quirós y con la redacción del Dr. Zamalloa Loaiza, se inspira en la parte final del artículo 850 del Código Civil argentino.

Tiene por objeto reafirmar que los asuntos dudosos o litigiosos y aun los no controvertidos, siempre que las partes se hayan efectuado concesiones recíprocas, no pueden reabrirse y ellas no pueden exigirse el cumplimiento de los derechos a que han renunciado, declinado, o disminuido por la transacción y si alguna quisiera discutir la cuestión transigida, la restante podrá oponerle exitosamente la excepción de transacción (artículo 317 del Código de Procedimientos Civiles).

Tanto la transacción judicial cuanto la extrajudicial tiene valor de cosa juzgada. No es privativa de aquélla tal característica.

Al comentar el artículo 850 del Código Civil argentino, Rezzónico sostiene que la transacción, al igual que la sentencia con fuerza de cosa juzgada, se tiene por verdad y concluye definitivamente la cuestión [...].

La circunstancia de que la transacción tenga el valor de cosa juzgada y por tanto, no se permita revivir la controversia sobre los derechos anteriores a la transacción (cuya discusión dio lugar a ella), es sin perjuicio de que la parte transigente perjudicada con el incumplimiento de la otra, pueda solicitar la resolución del contrato, judicial o extrajudicialmente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil, en razón de que la transacción es un contrato con prestaciones recíprocas.

Esta situación puede originarse en el caso de que la transacción sea creativa de relaciones jurídicas diversas de las controvertidas. Tal

De rechazo se determina que la transacción produce entre las partes los mismos efectos de la cosa juzgada; pero sólo cabe el apremio en la de carácter judicial que le ponga fin a un pleito ya entablado».

⁷⁷ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM. *Op. cit.*, p. 8.

hipótesis puede ocurrir cuando en un litigio sobre cumplimiento de contrato, el comitente y el contratista de una obra, ponen fin al pleito por transacción y, además, mediante ésta, las partes acuerdan llevar a cabo una nueva operación comercial, bajo la forma de compraventa de cosa futura. Es indudable, pues, que en esa eventualidad, de acuerdo al párrafo tercero del precepto, tienen valor de cosa juzgada la relación litigiosa extinguida y la creada por la transacción. Sin embargo, se permite que la parte que resulte perjudicada por el incumplimiento de la otra (el comprador de un bien futuro por falta de entrega de éste en el plazo estipulado), solicite la resolución de la transacción.

Sin embargo, la doctrina es unánime en cuestionar el hecho de que no pueden asimilarse íntegramente los efectos de la transacción a los de la cosa juzgada.

Así, Troplong⁷⁸ recuerda que ha insistido, además, acerca del consentimiento, con el fin de distinguir mejor la transacción de la cosa juzgada, que es también una manera de terminar los procesos, pero que los limita en autoridad y no a través de un consentimiento recíproco.

La comparación entre la transacción y la cosa juzgada es célebre en el Derecho y se fundamenta en que la transacción es un juicio pronunciado por las partes en sus propias causas, pero a entender de Troplong, sin embargo, falta mucho para que la transacción y la cosa juzgada sean idénticas en el fondo. Un juicio —dice— es el fruto de una convicción llevada hasta la certidumbre en el pensamiento del magistrado que lo pronuncia. Por el contrario, una transacción casi siempre es una concesión levantada por la duda sobre el derecho y por la desconfianza de su propia opinión.

El juicio se da sólo cuando surge una duda. La transacción puede referirse a dudas que están por surgir.

⁷⁸ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, pp. 552 y 553.

Y aunque fuese admitido por fuerza de cosa juzgada, el juicio puede ser objeto de ataque de varias vías del Derecho, la casación, la demanda civil. Para Troplong⁷⁹ una transacción tiene más solidez; y en esta relación es más sagrada que el juicio.

Añade Troplong⁸⁰ que, por otro lado, hay casos en los que no se puede atacar una transacción por piezas descubiertas nuevamente, mientras que se puede hacer vacilar la cosa juzgada por dicha circunstancia.

Precisa el exégeta francés que se puede quebrantar un juicio sobre un punto dado y, sin embargo, se puede mantener en otro. En cambio, en la transacción, la nulidad de una de las disposiciones conlleva naturalmente a la nulidad de las demás, puesto que por regla general todas las partes de una transacción se encadenan entre sí de manera inseparable.

Resulta importante lo anotado por Troplong con respecto a los terceros, pues hace una distinción entre la transacción y la cosa juzgada. El juicio es ejecutorio para los terceros. La transacción se mantiene entre las partes. Recuerda que un artículo del Código Napoléon también tiene cuidado en decir: «Las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada entre las partes», pues, en efecto, la transacción tiene entre las partes mucho poder y quizás más que la cosa juzgada.

Dentro de tal orden de ideas, señala Troplong que, más allá de las partes, la transacción no tiene la autoridad de la cosa juzgada, no tiene virtud ejecutiva y, más aún, hay que ser mucho más reservados para oponerla a los terceros que cuando se trata de la cosa juzgada. Así, algunas veces se admite que se representó a tal persona en un juicio por el demandante o el demandado y no se le permite reponer en cuestión lo que se juzgó con sus presuntos representantes; pero se pregunta

⁷⁹ *Idem*, p. 648.

⁸⁰ *Idem*, pp. 648 y 649.

Troplong⁸¹ cómo se podría aceptar fácilmente semejante presunción en una materia que depende de la arbitrariedad de los transigentes; si es justo que se haga rebotar a los contratantes un acto que es obra de su propia voluntad; si porque una de las partes se preocupó por su situación y sus derechos y porque hizo el sacrificio voluntario, se puede deducir que otras deban hacer lo mismo, y no es preciso que para aquéllos las cosas permanezcan completas. Asimismo, se ve que el jurisconsulto Scaevola decide que una transacción no tiene efecto con personas que no formaron parte de ella, pero respecto de las que sí se supondría que tuvieron representación si se tratara de una cosa juzgada.

En relación con las diferencias y semejanzas entre la transacción y la sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, De Gásperi⁸² estima que si se limitan sus efectos como lo hace el artículo 1030 del Código Civil del Brasil de 1916, poco o nada hay que observar en ella; pero el artículo 850 del Código Civil argentino agrega un concepto expuesto a controversias, cual es el de que la transacción tiene para con las partes «la autoridad de la cosa juzgada». Anota De Gásperi que en esto se fundan las críticas que se han formulado a la equiparación de ambos institutos, pues, como bien lo han hecho notar Troplong, Baudry-Lacantinerie y Wahl, hay entre ellas más diferencias que semejanzas.

Recuerda De Gásperi que la similitud esencial que entre la transacción y la cosa juzgada había señalado Bigot-Preameneu consiste en que ambas no pueden ser rescindidas por error de derecho, pero este parecer es impugnado a su vez por Baudry-Lacantinerie y Wahl, porque la causa principal de la reforma de las sentencias es precisamente el error de derecho. Otro parecido entre ellas es que las dos producen efectos declarativos, aunque este particular sea también discutido.

Para De Gásperi nada ha abonado tanto estas discrepancias como la nota del propio codificador argentino al artículo 850, escrita bajo la

⁸¹ *Idem*, p. 650.

⁸² DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo III, pp. 232-234.

influencia de las ideas de Troplong y de Aubry y Rau, de la que resulta limitada la «autoridad de la cosa juzgada» a la *exceptio litis, per transactionem finitae*; no habiendo nada en ella que autorice a decir que esta equiparación permite la ejecución de la transacción por los trámites procesales de la ejecución de sentencias.

Salvat⁸³ considera que para explicar el efecto extintivo de la transacción se ha recurrido en doctrina a la idea, expresamente enunciada en la parte final del artículo 850 del Código Civil argentino, de que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, idea cuyo origen se hace remontar al Derecho Romano, del cual ha pasado al Código Civil francés y, por intermedio de éste, a los numerosos Códigos que se han inspirado en él. Agrega Salvat que en apoyo de esta idea puede invocarse un doble argumento: 1° que la transacción lo mismo que la sentencia, concluye definitivamente la cuestión; 2° que la transacción no puede intervenir sino para solucionar cuestiones dudosas o litigiosas, de manera que si bien es cierto que ella tiene su fuente en la libre voluntad de las partes, también lo es que esta voluntad sólo puede ejercerse cuando hay de por medio una cuestión dudosa o litigiosa; pero la tendencia general de la doctrina moderna es contraria a la asimilación entre la transacción y la cosa juzgada, que los mismos autores que la defienden reconocen ser demasiado absoluta.⁸⁴

⁸³ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 251 y 252.

⁸⁴ Estima Salvat que pueden, en efecto, invocarse en contra de ella los siguientes argumentos: (a) Desde luego, bien examinado el texto romano que ha servido de origen a esa doctrina, puede preguntarse si ese texto ha querido establecer un principio general o si más bien se ha tratado de justificar la solución del caso particular sometido a la decisión de los emperadores; (b) En segundo lugar, el efecto extintivo de la transacción y las diversas consecuencias prácticas derivadas de él pueden explicarse, sin hacer intervenir para nada la idea de cosa juzgada, por los principios del Derecho de los Contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes, lo mismo que cualquier otro contrato y es lógico entonces que, siendo voluntad de las partes poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo; (c) Por último, existen entre las transacciones y las sentencias judiciales las siguientes diferencias: 1° las formas son diferentes; 2° las sentencias recaen siempre sobre un juicio trabado, la transacción puede celebrarse, sea sobre una cuestión litigiosa, sea sobre una cuestión simplemente dudosa; 3° las transacciones pueden ser atacadas por adolecer de vicios de la voluntad, las sentencias no; 4° la transacción puede ser atacada por medio de una acción de

Recuerda Salvat lo sostenido por Chevalier, en cuanto a que la asimilación de la transacción a la sentencia sólo debe entenderse, según lo señalaron los redactores del Código francés, en el sentido de su irrevocabilidad y su intangibilidad.

Rezzónico⁸⁵ piensa que la transacción tiene para las partes y sus sucesores autoridad de sentencia que hace cosa juzgada, a pesar de que la doctrina moderna es contraria a esa asimilación en razón de diferencias esenciales. Rezzónico recuerda que se considera que, mediante la transacción, las partes sustituyen la sentencia que el juez hubiera tenido que dictar y extinguen su jurisdicción pronunciando ellas mismas una sentencia declarativa de sus respectivos derechos.

Según Cazeaux y Trigo Represas,⁸⁶ el artículo 850 del Código Civil argentino establece que la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellos la autoridad de la cosa juzgada. Recuerdan los profesores citados que en la nota a ese artículo, Vélez Sarsfield expresa que la razón de este texto legal estriba en que el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos; no obstante lo cual se encarga de señalar, acto seguido, «que las transacciones difieren de las sentencias», por las circunstancias que ahí explica, siendo por ello que en la actualidad la doctrina se opone a tal asimilación de efectos entre la sentencia y la transacción, que en definitiva sólo existe cuando ésta versa respecto de derechos litigiosos y no cuando se transa sobre derechos meramente «dudosos», y además se circunscribe a una única circunstancia: la de que ambas pueden concluir una litis judicial.

nulidad, contra las sentencias sólo cabe los recursos que las leyes de procedimiento prescriben; 5° las transacciones son indivisibles y, por consiguiente, al menos en principio, deben ser mantenidas o anuladas en el todo; las sentencias, por el contrario, pueden ser anuladas sólo en parte».

⁸⁵ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, p. 1030.

⁸⁶ CAZEUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Op. cit.*, p. 336.

Debemos señalar que la transacción judicial se puede efectuar en cualquier momento del proceso. Incluso, si han sido ya expedidas alguna o algunas sentencias, siempre y cuando éstas no tengan el carácter de cosa juzgada, vale decir, que se hayan interpuesto contra ellas los recursos impugnatorios respectivos, o que la ley franquee su interposición y que los plazos para tal efecto no hayan vencido.

Por nuestra parte, consideramos necesario dar una adecuada interpretación al texto del artículo 1302, *in fine*, del Código Civil peruano. Al decirse que la transacción tiene valor de cosa juzgada y al decir nosotros que lo pactado en ella es irrevisable, nos estamos refiriendo, naturalmente, al caso en el cual a través de la transacción se haya puesto término o se haya dado claridad solamente a una situación jurídica dudosa o litigiosa.

Pero, como hemos visto, cabría también la posibilidad de que la transacción comprenda relaciones diversas a aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes y que a través de la transacción se hayan creado, regulado, modificado o extinguido estas relaciones distintas.

En tal sentido, si se hubieran incluido en la transacción otros asuntos y, a través de la transacción, las partes se hubiesen comprometido a la ejecución de determinadas obligaciones, y éstas se incumplen, cabría la duda de si debería plantearse una acción judicial o si dicho cumplimiento sería exigible en vía de ejecución de sentencia. Por nuestra parte, creemos que el último de los anotados sería el camino correcto, pues no consideramos que el sentido del artículo 1302 sea que el acreedor deba promover un nuevo juicio.

Sería el caso, por ejemplo, en que se ponga término a una discusión o controversia acerca de la compraventa de un departamento o el pago de su precio en dinero, que por virtud de la transacción una de las partes se comprometa a entregar a la otra un vehículo; y que la entrega de dicho

vehículo no se produzca (se inejecute la obligación) o que, habiéndose producido, no llegue a satisfacer a la otra parte por tener vicios ocultos (por sólo citar un ejemplo de lo que podría ocurrir). En este caso, lo lógico y eficiente sería exigir el cumplimiento vía ejecución de sentencia y no promover un juicio.

Refuerzan los argumentos de que la transacción no tiene valor de cosa juzgada aquéllos que facultan la anulación de ésta, incluso no habiendo creado ninguna nueva obligación ajena a la que constituye materia de controversia. En tal sentido, la doctrina considera que la transacción puede ser anulada por presentar algún vicio de la voluntad.

Así, Larenz⁸⁷ estima que sería opuesto a la finalidad de la transacción (transformar la situación jurídica litigiosa o incierta en otra incontestable para el futuro) el que, después de concluida, alguna de las partes pudiese hacer valer que en realidad ha sido obligada a menos de lo que ésta reconoció en la transacción, o facultada para exigir más que aquello con lo que se conformó en la transacción. La posibilidad de recurrir a la situación jurídica anterior queda excluida desde el momento en que la relación obligatoria ha sido modificada por una transacción. Pero el caso es distinto cuando la situación de hecho, aceptada como cierta por ambas partes de la transacción, no responde a la realidad y expresa o tácitamente ha constituido el contenido de aquélla, de modo que el litigio o la incertidumbre no hubiesen surgido de haberse conocido la verdadera situación de hecho.

Así —dice Larenz—, el heredero testamentario A transige con el legatario B sobre la extensión del legado, acerca de la cual existen dudas según el tenor literal del testamento. Más tarde resulta que el testamento es nulo, por lo que ni A es heredero, ni B legatario; está claro que, de haber conocido ambos la nulidad, no hubiera surgido litigio sobre la

⁸⁷ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

extensión de la supuesta obligación de pagar el legado, pues la ley determina que en este caso la transacción es ineficaz.

A decir de Larenz, se trata de un supuesto de defecto o falta de base (subjetiva) del negocio: las dos partes se equivocaron acerca de una circunstancia de la que ambas partieron al concertar la transacción y si, por consiguiente, A ha reconocido en la transacción su supuesta deuda en una cierta extensión, a juicio de Larenz, este reconocimiento queda anulado con la nulidad de la transacción.

Según el citado tratadista, únicamente en el supuesto de que la transacción implicara la base de un reconocimiento «abstracto», y de esta forma se hubiese creado un fundamento obligacional autónomo, A hubiera necesitado exigir de B su consentimiento para la anulación de la obligación por la transacción creada utilizando una pretensión de enriquecimiento. Si, por el contrario, A hubiese sido heredero legal y el litigio resuelto por la transacción entre él y B fuera precisamente la validez del testamento (y con ella la de la pretensión de legado a favor de B), entonces permanecería válida e inimpugnable la transacción celebrada, aunque después resultase evidente bien la validez o la nulidad del testamento.

La jurisprudencia nacional,⁸⁸ respecto a este punto, ha establecido que: «El artículo 1302 tiene implicancias procesales, siendo una forma de terminación del proceso, que tiene valor de cosa juzgada, por lo que, del análisis de dicho artículo se tiene que, a pesar de estar contenido en el Código sustantivo, es de carácter mixto».

Independientemente de las consideraciones generales antes señaladas respecto a la relatividad del principio de cosa juzgada en sede de transacción, vamos a efectuar un análisis pormenorizado de la materia dentro del ámbito de nuestra legislación civil. En este sentido, debemos afirmar que no hay lugar al carácter de cosa juzgada en la transacción en

⁸⁸ Casación n.º 646-98-Lambayeque.

una serie muy numerosa de supuestos, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

- Anulación de la transacción por incapacidad relativa del agente

Se trata del supuesto contemplado en el artículo 221, inciso 1, del Código Civil peruano, norma que establece que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente. Así, si una de las partes que celebran una transacción adoleciera de esta incapacidad, la transacción sería anulable.

- Anulación de la transacción por vicio de error sobre la propia esencia del objeto del acto

Este supuesto está contemplado en los artículos 221 inciso 2 y 202 inciso 1 del Código Civil.

La doctrina tiene un parecer mayoritario en favor de la anulación de la transacción por error, lo cual es el tratamiento usual a cualquier acto jurídico que adolezca de este vicio.

Troplong,⁸⁹ sin embargo, adopta una posición menos radical. Este exégeta francés ha dicho en todo momento que, siendo la transacción más fuerte y más sólida que la cosa juzgada, escapa a algunos recursos que tienen por naturaleza derribar a los juicios. Por ejemplo, cuando un error de derecho vicia una sentencia se inicia el recurso de casación y la Corte Suprema elimina la decisión que desconoció la verdad legal, pues son las partes quienes, precisamente, quieren demandar el derecho. En cambio, una transacción no es atacable por error de derecho, siendo la razón comprensible, pues, en primer lugar, no se supone el error de derecho, o por lo menos no es excusa fácil. Además, siempre se supone

⁸⁹ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, p. 651.

que la transacción tiene una causa justa, dado que le basta haber conciliado a las partes y extinguido sus diferencias.⁹⁰

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre una cualidad del objeto del acto

Esta causal de anulación está contemplada por los artículos 221 inciso 2 y 202 inciso 1 del Código Civil de 1984.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre las cualidades personales de la contraparte

Anota Troplong⁹¹ que se puede dar la rescisión (anulación, en el caso peruano) de la transacción si se presenta error sobre la persona, como

⁹⁰ Así pues —expresa Troplong—, sería el caso de una parte propietaria de una sucesión que transigiese con una persona que sin derecho y erróneamente se dice única propietaria de esta misma sucesión. Esto es un error y todos los derechos van a ser en realidad devueltos a la otra parte. No importa, pues el error de derecho no viciará la transacción. Recuerda Troplong (*idem*, p. 652) que Titus, acordando la calidad de heredero a Primus, quien no la tiene aún o no la tiene por completo, transige con él como si estuviese investido de este derecho, aunque sin derecho de repartición. Una transacción como ésta se fundamenta en un error de derecho: pero este error no podría invalidar la verdad. Además, se vicia un efecto con la nulidad de derecho que se pudo conocer y, al suponerlo válido, una parte transige en sus efectos. Esta transacción —según Troplong— es buena, no habría cómo obtener su nulidad. Troplong relata que una sentencia del Tribunal de Casación decidió —aun con todo— que la transacción fundada en error de derecho no resumiría un consentimiento por el cual se pudiera valer contra la parte. Sin embargo, esta sentencia, aunque expresa en su especie, no puede tener importancia, pues si a consecuencia de un error general una persona (que cree que los muy célebres juicios arbitrarios, honrados por la República, eran inatacables) había transigido en el año m, cuando luego quiso apelar en casación, se le opuso esta transacción a título de no recibir. Sin embargo, el Tribunal de Casación no se detuvo en esto, pues considerando la generalidad de tal error y sus desastrosos efectos, el legislador había creído liberar a aquéllos que habían cometido este error en sus consentimientos. Para el citado exégeta francés, en todos estos casos el error es radical, vicia el consentimiento en donde debe estar más libre, más reflexivo. Sin embargo, fuera de estos casos graves y previstos especialmente por la ley francesa, la ignorancia y el error de hecho son insuficientes para hacer rescindir una transacción. Escribe Troplong (*idem*, p. 653) que el error sobre el objeto del debate es también una causa de rescisión. Así, si Maevius transige en el sujeto del inmueble A, mientras que el litigio originado o por originarse se refiere al inmueble B, este error fundamental le quita todo valor a la transacción y, por lo demás, es fácil ver que esta causa de error se encontrará raramente, puesto que una transacción no se realiza sin preciar el objeto, cuyas partes entienden tratarlo.

⁹¹ *Idem*, pp. 662 y 663.

sería el caso si yo creo que usted es mi parte adversaria, mientras que es otro, y yo transijo con usted, siendo la transacción inútil. Recuerda Troplong que esto enseña Scaevola como ejemplo: un deudor tenía un recurso por ejercer contra el heredero de su acreedor; él transige con Maevius, creyendo que éste último era el heredero con el que tenía un negocio. Sin embargo, esto era un error, Maevius no era heredero, era Scepticius, quien estaba llamado a la sucesión, de conformidad a un testamento que no se conocía todavía; es cuestión de saber cuál es el valor de esta transacción, bien para Maevius o bien para Scepticius. Señala Troplong que resulta preciso responder que si se pagó algo a Maevius por efecto de esta transacción, la que lo suponía falsamente heredero, él debe entregarlo, que es el caso de la condición *indebiti*, debido a que la transacción falta a su objetivo, ésta no le da la seguridad que se prometió al que hizo un sacrificio. Esta transacción deja de pie a todos los sujetos del debate o del proceso y no impide al verdadero heredero reanimar a todos los sujetos de querella que se haya querido extinguir, pues, efectivamente, en cuanto a Scepticius, esta transacción es *res inter alios acta*, ya que no puede valerse de ella o no puede oponerla.

Por lo demás, esta causal se encuentra contemplada expresamente en los artículos 221 inciso 2 y 202 inciso 2 del Código Civil peruano.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial de derecho

La transacción también sería susceptible de anularse por causa de error esencial de derecho, causal prevista en la ley peruana en los artículos 221 inciso 2 y 202 inciso 3 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre la cantidad (*in quantitate*)

Esta posibilidad de anular el acto jurídico se contempla en los artículos 221 inciso 2 y 204 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error en el motivo o falsa causa

El sustento legal de esta causa de anulación está constituido por los artículos 221 inciso 2 y 205 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la naturaleza del acto

Esta causa se basa en los artículos 221 inciso 2 y 208 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido al objeto principal de dicha declaración

Tal anulación podría plantearse invocando como base legal los artículos 221 inciso 2 y 208 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la identidad de la persona

La base legal de este supuesto está constituida por los artículos 221 inciso 2 y 208 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por acción⁹²

Como sabemos, el dolo es causal de anulabilidad del acto jurídico y, por lo tanto, de la transacción.

Al respecto resulta ilustrativo el ejemplo que señala Troplong.⁹³ Si un asegurado había transigido con su asegurador en cuanto a que, por

⁹² Se puede anular una transacción por dolo, por acción en virtud de lo dispuesto en los numerales 221 inciso 2 y 210 del Código Civil.

⁹³ TROPLONG, Théodore. *Op. cit.*, pp. 659 y 660.

medio de una cantidad de 6800 francos que él había recibido, había dejado a éste último la propiedad del navío en el caso en que regresara a un buen puerto. Por una reticencia calculada, el asegurado había ocultado al asegurador la existencia de contratos con copia que gravaban el navío. Habiendo regresado el navío y habiendo tenido conocimiento el asegurador de los cargos que dejaban sin valor al navío, éste último pidió la rescisión de la transacción. Recuerda Troplong que una sentencia de la Corte de Bordeaux no dudó en pronunciarla, calificando de dolo el hecho en el que consiste. Pero Troplong considera que no se debería concluir en aquello, por lo que la pretensión presentada por una de las partes es injusta, exorbitante, a saber, que el dolo se produce en la transacción, pues cada uno es dueño de intentar, con sus riesgos y peligros, una acción mal fundamentada. Al adversario corresponde resistirse a esto, está fundamentada, no hay razón para permitir a un adulto de 25 años, quien es doctor en Derecho y quien realizó la transacción, demandar la rescisión fundamentándose en ignorancia de la ley.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por omisión

Es anulable la transacción cuando ella está afectada por vicio de dolo omisivo de acuerdo con lo prescrito por los artículos 221 inciso 2 y 212 del Código Civil.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo proveniente de un tercero

Sería anulable la transacción si una de las partes hubiese sido víctima de dolo proveniente de un tercero. Ello con base en lo dispuesto por el artículo 221 inciso 2 y, especialmente, por el segundo párrafo del artículo 210 del Código Civil, precepto que establece que: «Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él».

- Anulación de la transacción por vicio resultante de intimidación

De acuerdo con lo establecido por el artículo 215 del Código Civil peruano: «Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.— Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias».

Como base legal de esta anulación debemos mencionar también a los artículos 214, 216 y 221 inciso 2 del Código Civil peruano.

- Anulación de la transacción por vicio resultante de violencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 214 del Código Civil

La violencia es causa de anulación del acto jurídico, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él Asimismo, tiene base legal en el artículo 221 inciso 2 del mismo cuerpo normativo.

- Anulación de la transacción por haber sido celebrada con simulación relativa

Al tema resulta aplicable el artículo 191 del Código Civil: «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero». También el numeral 192: «La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona». Finalmente, el artículo 221 inciso 3 del Código Civil, precepto que establece que el acto jurídico es anulable por simulación cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

- Anulación de la transacción por mandato legal

Conforme a lo previsto por el artículo 221 inciso 4 del Código Civil, el acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara como tal. Como la transacción es un acto jurídico, el precepto le sería aplicable.

- Nulidad de la transacción por ausencia de la manifestación de voluntad del agente

Esta causal tiene fundamento en el artículo 219 inciso 1 del Código Civil peruano.

- Nulidad de la transacción por haberse practicado por persona absolutamente incapaz

El inciso 2 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 del mismo cuerpo legal, norma que prescribe que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

- Nulidad de la transacción por tener objeto física y/o jurídicamente imposible

Se basa en el artículo 219 inciso 3 del Código Civil peruano.

- Nulidad de la transacción por tener objeto indeterminable

Su fundamento es el artículo 219 inciso 3, in fine, del Código Civil.

- Nulidad de la transacción por tener fin ilícito

Se sustenta en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil.

- Nulidad de la transacción por adolecer de simulación absoluta

El artículo 190 del Código dispone: «Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo». En tal sentido, es factible demandar la nulidad de un acto jurídico celebrado por simulación absoluta en virtud de lo previsto por el artículo 219 inciso 5 del Código Civil.

- Nulidad de la transacción por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

El artículo 219 inciso 6 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Y el artículo 1304 del propio Código señala que «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio». De no cumplirse con lo previsto en este numeral, la transacción adolecería de nulidad absoluta.

- Nulidad de la transacción cuando la ley así lo declare

Esta nulidad se basa en el artículo 219 inciso 7 del Código Civil.

- Nulidad de la transacción cuando sea contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres

Esta causal de nulidad se basa en el artículo v del Título Preliminar y en el artículo 219 inciso 8 del Código Civil peruano, salvo que la ley establezca sanción diversa.

- Rescisión del acto transaccional por existir vicio de lesión

El artículo 1455 inciso 1 del Código Civil peruano establece que no procede la acción por lesión en la transacción. Podría resultar

cuestionable, sin embargo, desde un punto de vista doctrinario, la generalidad de la prohibición, como veremos.

Troplong⁹⁴ trata el tema de la transacción y la lesión. Recuerda que aunque lo hayan dicho Bartole y su cuantiosa escuela, no hay razón para hacer una causa de rescisión de la transacción y nada sería más perjudicial para el interés público que permitir a las partes volver a tratar una transacción con el pretexto de lesión. Así, la ley 78, 16, D., decide que no hay lesión grave que pueda suprimir una transacción, pues no sería posible llegar a la prueba de una lesión, ni sabría la parte que se pretende lesionada que le favorecería el resultado del proceso. Se podría sostener que se perdió la transacción y que se habría ganado por el proceso, pues quizá se habría perdido además por la sentencia del juez.

Luego Troplong considera que si la transacción es más una repartición entre los herederos que una verdadera transacción, no debemos detenernos en la apariencia de las cosas y ahí se admitirá la acción por lesión en los términos del artículo 888 del Código Napoleón.

Por el contrario, si parece que las partes, cuando tienen pretensiones diversas y contrarias en la consistencia de sus correspondientes derechos, norman sus intereses por una verdadera transacción, se debería descartar el artículo 888 y la norma bajo análisis tendría la preferencia.

En el Perú, bajo la vigencia del Código Civil de 1984, el tema ha merecido diversas opiniones de la doctrina que se ha ocupado del mismo, como Max Arias-Schreiber,⁹⁵ quien manifiesta su parecer favorable al texto legal que prohíbe rescindir los contratos de transacción atacados del vicio de lesión.

⁹⁴ *Idem*, p. 656 y ss.

⁹⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo I, pp. 249 y 250: «La razón por la que no cabe la lesión en la transacción estriba en que por ésta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302. En lo

Manuel de la Puente y Lavalle se inclina levemente por el parecer contrario.⁹⁶

que atañe a la venta realizada por remate público, además de que no es voluntaria sino impuesta, la última oferta por cuya virtud se produce la adjudicación está expresando el valor real del bien subastado, de modo que no puede válidamente concebirse la desproporción de las prestaciones, ni el aprovechamiento de la necesidad apremiante. No se ha considerado en este precepto la norma que existía en el Código de Comercio (artículo 339 según la cual “no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiera procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal”). Como la compraventa mercantil ha quedado fusionada con la civil (artículo 2112 del Código Civil vigente) nada impide que quien realiza actos de comercio y venda mercadería pueda invocar los artículos comentados en las páginas anteriores. En nuestra opinión, esta posición no es la más adecuada. En efecto, si bien es verdad que un comerciante puede no ser ajeno al aprovechamiento de una necesidad apremiante (artículo 1447), lo cierto es que conferirle la posibilidad de accionar por lesión constituye un riesgo para el fluido y acelerado tráfico contractual que es propio de esta área.

⁹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Primera Parte. Biblioteca para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, tomo III, pp. 365-367: «El artículo 1455 del Código Civil peruano se inspira, en lo relativo a la transacción, en el artículo 1970 del Código Civil italiano, según el cual la transacción no puede ser impugnada por causa de lesión. Comentando este artículo del Código italiano, dice Messineo que la lesión sufrida por una de las partes es un evento que no legitima para pedir la rescisión de la transacción. “Se discute, agrega, sobre el fundamento de tal inaplicabilidad del instituto de la rescisión a la transacción; probablemente no explica la norma una incompatibilidad lógica entre lesión y transacción, sino que la explican razones de oportunidad: el propósito legislativo de evitar que surja (sobre la valoración de la entidad de las respectivas concesiones) una litis, siendo así que la transacción se había encargado de prevenir y, en general, de componer precisamente una litis; y, quizá la tendencial equiparación de la transacción a la composición judicial por medio de sentencia, y aquella proporción de elemento aleatorio que puede verse en toda transacción en virtud de la cual concurriría la ratio misma del cuarto apartado del artículo 1448 (según el cual no podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios)”.

Puede observarse que la última razón que invoca Messineo para justificar la improcedencia de la acción por lesión en la transacción no es aplicable para el ordenamiento legal peruano, desde que el segundo párrafo del artículo 1447 del Código Civil establece que procede también la acción rescisoria en los contratos aleatorios cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos. Arias-Schreiber indica que la razón por la que no cabe la lesión en la transacción estriba en que por ésta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302. Romero Zavala, por su parte, dice que en la transacción hay renunciamento al tiempo que se reconoce y se exige imprecisión, duda, contradicción en las cláusulas contractuales para que las partes apelen a este medio indirecto de extinguir el vínculo jurídico, agregando que en la transacción fluye el libre juego de los intereses y las voluntades, y cada parte cede en alguna medida derechos que podría exigir.

No llevo a compartir estos argumentos por cuanto, si bien son válidos si se toma en consideración exclusivamente el elemento objetivo de la lesión, o sea, la desproporción entre las prestaciones, carecen de justificación cuando se tienen en cuenta los elementos subjetivos,

Por nuestra parte, consideramos que un contrato viciado de lesión sí debería poder rescindirse, incluso si se tratara de una transacción, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1455 inciso 1 del Código Civil peruano.

Pensamos que sería válida la prohibición de rescindir una transacción viciada de lesión si este vicio sólo estuviese configurado por el elemento objetivo de la desproporción en el valor de las prestaciones, ya que la razón de ser de la transacción no estriba en la equiparidad de las concesiones recíprocas, sino en sortear, de común acuerdo, la dificultad en que se entramparon las partes. En estos casos, permitir que se pueda interponer una acción por lesión sería entorpecer el objetivo mismo de la transacción, que es precisamente evitar un pleito o finalizar el ya iniciado. La agilidad y fluidez obtenida se perderían. Sería como borrar con una mano lo que se escribió con la otra. En este caso sería más útil y menos oneroso para las partes ir a juicio que transigir.

Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de demostrarse que una de las partes se aprovechó del estado de necesidad de la otra, forzando un acuerdo nada equitativo? ¿Qué ocurre en un caso de mala fe?

Reconocemos que sería cuestionable rescindir la transacción en lo que respecta a su carácter objetivo, pero pensamos que resultaría prudente manifestarnos a favor de ésta si se presentaran los elementos subjetivos a que hemos hecho referencia.

que son el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera como puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convengo, sin embargo, en la razón dada por Arias-Schreiber de que el artículo 1302 del Código Civil establece que la transacción tiene el valor de cosa juzgada, por lo cual no se podría interponer una acción judicial para rescindirla».

- Rescisión del acto transaccional por ser ajeno uno de los bienes materia de la transacción

Si uno de los bienes materia de la transacción tuviese el carácter de ajeno, vale decir que no perteneciera a la parte que se obliga a transferir su propiedad en aras de solucionar el asunto dudoso o litigioso, dicha transacción sería rescindible por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1539 del Código Civil («La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda»).

- Rescisión del acto transaccional por ser parcialmente ajeno uno de los bienes materia de la transacción

En este aspecto, resulta pertinente citar al artículo 1540 del Código Civil peruano, norma que prescribe lo siguiente: «En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio».

- Rescisión del acto transaccional si el mismo implica o incluye una compraventa sobre medida

Cabría la posibilidad de imaginar rescindir una transacción si se configurara el supuesto del artículo 1575 del Código Civil, norma relativa a la compraventa sobre medida, que establece que «Si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión».

- Rescisión del acto transaccional por alguna otra causal prevista por el Código Civil o cualquier otra norma legal

Es evidente que resultaría factible demandar la rescisión de una transacción en caso de que ésta última contenga una causal de rescisión contemplada por el Código Civil o por cualquier otra ley vigente en la República.

- Resolución de la transacción por incumplimiento

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil, con las concesiones recíprocas materia de la transacción también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Si la transacción fuera creadora de obligaciones, las cuales fuesen incumplidas por una de las partes, resultaría de aplicación lo prescrito por el artículo 1428 y siguientes del Código Civil, que facultan al contratante perjudicado (en un contrato con prestaciones recíprocas) a solicitar judicial o extrajudicialmente la resolución de la relación contractual (con la salvedad de si se trata de una transacción judicial, caso en el cual no cabe resolver el contrato de transacción, como veremos oportunamente).

El artículo 337 del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

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.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

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.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

- Resolución por excesiva onerosidad de la prestación

Cabría la posibilidad de que se presente en una transacción el supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, tema regulado en el artículo 1440 y siguientes del Código Civil.⁹⁷

- Resolución del acto transaccional por existir un supuesto de evicción

En caso de que se produzca una transacción que dé lugar a que se presente un supuesto de saneamiento por evicción, el contratante perjudicado podría promover la resolución del contrato. En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición (argumento del artículo 1501).

⁹⁷ A continuación, consignamos los textos de los artículos 1440 y 1441 del Código Civil:
Artículo 1440.- «En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».
Artículo 1441.- «Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato».

- Resolución del acto transaccional por existir un vicio oculto

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1511 del Código Civil, y si se tratara de una transacción, no habría inconveniente alguno en aplicar el principio ahí expresado, en el sentido de que «El adquirente puede pedir, en razón al saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato».

- Resolución del acto transaccional por presentarse alguna otra causal contemplada por las partes o prevista por la ley

No cabe duda de que una transacción resultaría susceptible de resolverse si se presentara algún supuesto especial —no mencionado en la relación que antecede— que hubiera sido previsto por las partes en el acto de transacción o que estuviese contemplado por la ley con dichas consecuencias.

Dentro del propio título sobre transacción existen causales de nulidad o anulabilidad, si no se cumplen los requisitos allí establecidos: artículos 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308 y 1310.

2.13. Diferencias y semejanzas entre la transacción y otras figuras jurídicas

2.13.1. Transacción y sentencia

Para Lafaille,⁹⁸ la transacción guarda similitud con la sentencia porque pone fin al proceso y también por algunos de sus principales efectos, pero en el presente caso serían los magistrados quienes dirimen la contienda y solamente mediando litigio, al paso que dentro de la figura analizada lo hacen los propios contendores, pudiendo comprender igualmente los puntos dudosos, no sujetos a pleito.

⁹⁸ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, pp. 400 y 401.

Rezzónico⁹⁹ señala que la transacción es, como la sentencia judicial, declarativa y no traslativa de derechos. La transacción es declarativa porque no crea ni transfiere derechos nuevos; se refiere a derechos o títulos anteriores poseídos por las partes que transigen. Así —dice Rezzónico—, si yo desisto de mi derecho sobre este libro transigiendo con un tercero que reivindica su propiedad, éste no adquirirá por tal causa ningún nuevo derecho, sino que conservará el mismo que antes invocaba, pues únicamente se libera del derecho que yo le podía oponer.

Sintetizando, puede decirse —según Rezzónico— que como consecuencia del efecto declarativo de la transacción: a) la parte que declara o reconoce derechos de la otra no está obligada a garantizarlos; b) no le impone responsabilidad en caso de evicción.

En opinión nuestra, la transacción sólo tiene similitudes con la sentencia o con el laudo cuando nos encontremos dentro de un proceso judicial o arbitral, respectivamente.

De acuerdo con el ordenamiento legal peruano, dicha transacción —que pondría fin al litigio o arbitraje— debería ser aprobada por la autoridad judicial o arbitral (aunque en el arbitraje ello no es indispensable) que conoce del asunto materia de la transacción. Pero no debe confundirse la transacción con la sentencia o con el laudo, por más que estos últimos recojan completamente el sentido de dicha transacción, pues la transacción es un acto motivado por la voluntad de las partes, en tanto la sentencia o el laudo provienen de un acto de autoridad. En los casos de transacción judicial o arbitral, la sentencia constituye el acto que sigue al acuerdo transaccional y es una mera consecuencia de éste último. Con la transacción, las partes obligan a la autoridad que conoce del litigio a reconocer la validez de sus pareceres y, en tal virtud, al haber llegado a un arreglo, simplemente declaran extinguido el proceso judicial o arbitral.

⁹⁹ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, pp. 1029 y 1030.

La sentencia que aprueba una transacción judicial o el laudo que aprueba una transacción arbitral tienen, por lo tanto, características meramente declarativas y no constitutivas de derechos.

2.13.2. Transacción y juramento decisorio

El juramento decisorio era un medio probatorio previsto por el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912 que consistía en ofrecer como prueba una especial «confesión» de la contraparte. Ésta era una prueba a la cual los litigantes casi nunca recurrían, pues en la práctica implicaba que el proceso terminara con una sentencia que recogiese íntegramente la declaración de la contraparte (la que, como es de evidencia, muy improbablemente iba a ser favorable a las pretensiones de aquél que ofreciera dicho juramento decisorio).

Las diferencias entre el juramento decisorio y la transacción son ostensibles en la medida en que la transacción importa concesiones recíprocas que se hacen las partes mutuamente, en tanto que el primero implica el que una parte se someta a la decisión o parecer de la contraria en un proceso judicial. Podría decirse que en el juramento decisorio existe una voluntad de la parte que lo ofrece destinada a aceptar lo que manifieste la parte contraria. Ello, por cierto, no implica concesiones recíprocas, sino únicamente la concesión de una parte respecto de la otra, pues quien tiene que deferir juramento decisorio podría no ceder en absoluto en su posición original, y de esta forma la sentencia judicial a través de la cual concluya el proceso tendría que recoger en su integridad los argumentos sostenidos en todo tiempo por una de las partes.

Por último, el juramento decisorio sólo puede tener lugar dentro de un proceso judicial, en tanto que la transacción puede ser judicial o extrajudicial.

2.13.3. Transacción y convenio arbitral

En el «convenio», por más que intervienen todas las voluntades en juego, no se pone fin a la controversia, sino solamente se designan jueces privados, en sustitución de la vía jurisdiccional.

Precisa Levenhagen¹⁰⁰ que, según definición de Clóvis Beviláqua, convenio es el acto jurídico por el cual las partes, en vez de recurrir al poder judicial, escogen jueces árbitros para decidir sobre sus cuestiones.

Estima Levenhagen que hay sensible semejanza entre el convenio y la transacción, pero la diferencia es fácilmente perceptible. Con la transacción se pone fin a la cuestión o se evita la que surja; en cambio, el convenio no elimina el litigio, sólo sustituye la jurisdicción ordinaria, por una excepcional. Pero también hay afinidad entre convenio y transacción, pues ambos constituyen actos jurídicos extintivos de obligaciones.

Agrega el citado profesor que, como consecuencia de la semejanza existente, hay legislaciones extranjeras y juristas que conceptúan el convenio como contrato, un ejemplo de lo que ocurre con la transacción. Recuerda Levenhagen que en el Derecho de su país no se tiene la transacción como contrato y tampoco se considera como tal al convenio.¹⁰¹

En opinión nuestra, la transacción difiere sustancialmente del convenio arbitral, ya que cuando las partes celebran una transacción, tienen plena conciencia de cuáles son los derechos, verdaderos o supuestos, que cede cada una de ellas en favor de la otra. En cambio, cuando ambas

¹⁰⁰ LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, pp. 171-173.

¹⁰¹ Expresa Levenhagen que el convenio es un acuerdo de voluntades para un determinado fin y la forma de realización de ese fin pertenece al Derecho Objetivo Procesal, tomando la denominación de juicio arbitral. Es, por lo tanto, el convenio, en la sistemática del Derecho brasileño, un nuevo acto jurídico que tiene por fin extinguir obligaciones, concretándose ese acto procesalmente por vía del juicio especial para ello instituido, que es el juicio arbitral.

partes someten a arbitraje un asunto de carácter dudoso con la finalidad de que un tribunal arbitral solucione dicha controversia no conocen por anticipado cuál será la decisión (laudo) que expida ese tribunal.

Sin embargo, la transacción y el convenio arbitral tienen similitud en un aspecto, el referido a que si existe un asunto controversial entre dos partes y ambas acuerdan someter su decisión a un laudo expedido por un tribunal arbitral, con ello están, en cierto modo, efectuando concesiones de carácter recíproco, pues acuerdan que aceptarán lo que dicho tribunal arbitral resuelva sobre la controversia existente.

No obstante ello, el convenio arbitral dista mucho de ser una transacción.

2.13.4. Transacción y confirmación

La transacción no es ni una confirmación¹⁰² ni una ratificación (que es un negocio unilateral, sin concesiones recíprocas ni concurso plural de voluntades).

Son marcadas las diferencias entre la transacción y la confirmación, según se desprende de los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil. Por lo demás, el ámbito de la confirmación no sólo estaría restringido a los actos jurídicos anulables, sino también a los contratos que se ven afectados por un vicio de rescisión (ello, pues al no existir precepto alguno

¹⁰² La confirmación es una figura relativa a los actos jurídicos, la misma que se encuentra regulada en el Título X del Libro de Acto Jurídico del Código Civil peruano, artículos 230, 231 y 232:

Artículo 230. - «Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo».

Artículo 231. - «El acto queda también 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».

Artículo 232. - «La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma».

que prohíba confirmar un acto rescindible, se entiende que tal confirmación resulta jurídicamente aceptable).

2.13.5. Transacción y renuncia

Una serie de categorías, vistas en forma aislada, como la renuncia, el desistimiento y el reconocimiento, dependen de una sola parte interesada, faltando uno de los rasgos esenciales de la transacción, a saber, la bilateralidad en las concesiones.

No obstante, la renuncia reviste cierta similitud con la transacción, en la medida que a través de la transacción en las denominadas concesiones recíprocas que se efectúan las partes existe una renuncia de cada una de ellas a sus pretensiones de origen, en tanto aceptan la posibilidad de llegar a un acuerdo en el que existe una cesión a favor de su contraparte. Puede decirse que no hay transacción sin renuncia, pero igualmente debe precisarse que para que exista transacción dicha renuncia debe tener carácter bilateral. Si la renuncia a los derechos fuese unilateral, no estaríamos en presencia de una transacción, sino de una condonación total o parcial, dependiendo de cuál sea su magnitud.

2.13.6. Transacción y donación

La transacción no es susceptible de ser confundida con la donación debido a que en ésta una de las partes actúa con espíritu de liberalidad (*animus donandi*), en tanto que en la transacción este elemento no existe, pues ambas partes actúan en función de su propio interés. De ahí las concesiones recíprocas.

Si bien puede ser calificada como contrato, la transacción es también un medio extintivo de obligaciones, característica con base en la cual ha recibido tratamiento legislativo en el Código de 1984. La donación, en cambio, es un contrato típico, a través del cual una parte (donante) se obliga a transferir la propiedad de un bien de manera gratuita a otra parte

(donatario). Es en virtud de estas consideraciones que, a pesar de que algunos autores estimen necesario hacer un deslinde explícito entre ambas figuras, las diferencias son tan claras y ostensibles que justifican tan sólo un escueto comentario.

2.13.7. Transacción y condonación

La condonación es el perdón de una deuda acordado entre acreedor y deudor. No interesa si para llegar a dicha condonación nos encontramos en presencia de una deuda de carácter dudoso. Lo que interesa es que el acreedor convenga con el deudor en que ella no se cobrará ni total ni parcialmente, lo que equivale a decir que deciden extinguirla sin que se haya ejecutado. En otras palabras, la condonación importa solamente renuncia o concesión de los derechos de una de las partes hacia otra, en tanto la transacción implica una renuncia recíproca o concesiones recíprocas.

2.13.8. Transacción y mutuo disenso

La transacción es un medio no sólo extintivo de obligaciones, ya que también puede ser modificatorio, regulatorio o creador de éstas, e incluso cumplir varias de estas funciones a la vez. Por su parte, el mutuo disenso sólo cumple una función extintiva.

En segundo término, la transacción sólo es aplicable al Derecho Patrimonial (argumento del artículo 1305 del Código Civil), en tanto el mutuo disenso también tiene relevancia dentro del Derecho de Familia, tal como se puede apreciar en el caso de la separación y ulterior divorcio por causal de mutuo disenso (ahora llamada separación convencional).

Luego, la transacción debe versar sobre un asunto de carácter dudoso o litigioso; en cambio, el mutuo disenso no tiene por qué presentarse ante un asunto de esta naturaleza, ya que puede no haber duda alguna respecto de la materia acerca de la cual las partes celebran

dicho mutuo disenso, en la medida en que éste puede originarse, incluso, por la voluntad arbitraria de ambos contratantes.

Finalmente, la transacción puede resolver un asunto dudoso o litigioso nacido de fuente extracontractual o ajeno al convenio de aquéllos que han celebrado un acto jurídico (como es el caso, por ejemplo, de la transacción celebrada sobre responsabilidad extracontractual); en cambio, el mutuo disenso sólo recae sobre actos jurídicos (ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial) que hayan celebrado las partes anteriormente

LA NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCIÓN CONTENGA RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCIÓN FUTURA

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».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1303

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba la materia en el artículo 1391: «Las transacciones se circunscriben a sus objetos; la renunciación que se hace de ellas de todos los derechos y acciones, no se entiende sino de lo que es relativo a la cuestión que ha dado lugar a ella»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1704: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener: 1° Los nombres de los contratantes; la relación puntual y lacónica de sus pretensiones; y si hay pleito pendiente, su estado y el juez ante quien pende; 2° La forma y las circunstancias del convenio, bajo del cual se hace la transacción; 3° La renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción, que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción; 4° La pena convencional, si quieren imponérsela»; y el Proyecto de Código Civil de 1890 en su artículo 3018: «De cualquier modo que se celebre la transacción, en el instrumento que la contenga debe expresarse: 1° Los nombres de los contratantes, la relación exacta de sus pretensiones, y, si hay pleito pendiente, su estado, el Juez ante quien pende, y el Secretario Judicial o actuario que en él interviene; 2° La forma, o condiciones y circunstancias

en que se celebra la transacción; 3º La renuncia de cualquiera acción, que cada uno de los contratantes tenga contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción; y 4º La pena convencional que quieren imponerse los que transigen».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, establecía sobre el particular, en el numeral 290, lo siguiente: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener: 1º La forma y las circunstancias del convenio bajo el cual se hace la transacción; 2º La renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción»; y el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 prescribía en el artículo 278 lo siguiente: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener: 1º La forma y las circunstancias del convenio bajo el cual se hace la transacción; 2º La renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regía la materia en el artículo 1298: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el numeral 1309: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 abordaba la materia en su artículo 172: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la

transacción.— Con las concesiones recíprocas se pueden crear, modificar o extinguir también relaciones diversas de aquélla que ha constituido objeto de controversia entre las partes»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, lo hacía en el artículo 158: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».

El Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 establecía, en el numeral 1321: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción»; y el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984 lo hacía en el artículo 1270: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».

2. ANÁLISIS

Nuevamente, se 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.

Ahora bien, el sentido del artículo bajo comentario resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser. Ésta es, como sabemos, no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso. 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. Estos 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 discusión, que un verdadero imperativo legal.

Además, 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.¹⁰³

Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaran 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

¹⁰³ El artículo 144 del Código Civil señala que: «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

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.

La jurisprudencia nacional ha establecido lo siguiente: «Del análisis del artículo 1303 del Código Civil se tiene que dicha norma exige la renuncia de las partes a cualquier posibilidad de iniciar alguna acción a su contraparte con respecto al objeto sobre el que transa, condición que tiene repercusiones procesales y el requisito que establece no es de carácter *ad solemnitatem*, por lo que esta causal no puede ser acogida».¹⁰⁴

¹⁰⁴ Casación n.º 467-99-Lima.

FORMA DE LA TRANSACCIÓN

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

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1304

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar como antecedente del artículo 1304, a la Ley de las Siete Partidas, Ley 114, Título XVIII, Partida Tercera.

El artículo 1304 del Código de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en su artículo 1386: «La transacción es un contrato por el que las partes terminan un pleito comenzado, o evitan uno o muchos por comenzarse. Este contrato debe ser escriturado»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en su artículo 1705: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que se otorgue legalmente.—La que se haga por escritura privada, desde que se reduzca a instrumento público y se protocolice.—Y la que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 prescribía lo siguiente en sus artículos 3016: «La transacción debe constar por instrumento público o privado, o por petición dirigida al Juez con legalización, en este último caso, de las firmas de los que transigen»; 3017: «Si la transacción versa sobre cosas muebles o valores que no excedan de mil soles, puede celebrarse por acta ante Juez de Paz y dos testigos; salvo que sobre el objeto de la transacción, haya juicio pendiente ante Juez de

primera instancia, que, en tal caso, la transacción debe celebrarse con intervención de ese Juez, o por escritura pública»; y 3019: «La transacción celebrada por escritura pública produce efecto, desde que ésta es otorgada legalmente; la celebrada por instrumento privado, desde que éste se reduce a escritura pública, o se protocoliza judicialmente; y la que consta por escrito presentado al Juez, desde que por mandato de éste se legalizan las firmas, o desde que interpone su autoridad, cuando aquéllas son legalizadas sin previa orden judicial».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en su artículo 289: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que sea otorgada.— La que se haga por escritura privada desde que se reduzca a instrumento público.— Y la que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el numeral 277: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que sea otorgada.— La que se haga por escritura privada, desde que se reduzca a instrumento público.— La que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1297: «La transacción se hará por escritura pública, o por petición al juez que conoce del litigio»; y el Código Civil de 1936, en el numeral 1308: «La transacción se hará por escritura pública o por petición al juez que conoce del litigio».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 legislabá sobre el particular en el numeral 171: «La transacción se hará por escritura pública o por petición al juez que conoce del litigio»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, lo hacía en el artículo 159: «La transacción se perfecciona con la declaración de las partes expresada por escrito. Si

hubiese litigio, será necesario ponerla en conocimiento del juez de la causa».

El Proyecto de la Comisión Reformativa de 1981 preveía en su artículo 1322 lo siguiente: «La transacción se perfecciona con la declaración de las partes expresada por escrito. Si hubiese litigio, será necesario ponerla en conocimiento del juez de la causa»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, de 1984, en el artículo 1271: «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio».

2. ANÁLISIS

De acuerdo con su formación, los contratos pueden ser consensuales,¹⁰⁵ formales¹⁰⁶ o reales.¹⁰⁷

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una forma, bajo sanción de nulidad (*ad solemnitatem*). 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 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.

¹⁰⁵ Los contratos consensuales son aquéllos que para su celebración sólo requieren del consentimiento de las partes.

¹⁰⁶ Son formales aquellos contratos que para su celebración requieren que el consentimiento de las partes se exprese a través de una determinada formalidad, sin la cual dicho acto no se considera celebrado. Es el caso de los contratos *ad solemnitatem*. Si no se cumple con expresar el consentimiento a través de una determinada formalidad impuesta por la ley o por las propias partes, el acto es nulo.

¹⁰⁷ Los contratos reales son aquéllos que, además del consentimiento de las partes, requieren de la entrega de un bien (por lo general, una cosa) para que se consideren celebrados. La figura de los contratos reales ha sido suprimida en el Código Civil de 1984. En este cuerpo legislativo, los contratos son consensuales o formales, pero nunca tienen el carácter de reales.

En el Derecho argentino, el requisito de formalidad varía en función de si la transacción es judicial o extrajudicial. En materia de transacción judicial la forma es de rigor (*ad solemnitatem*), como puede apreciarse de la lectura del artículo 838 del Código Vélez Sarsfield: «Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella».

Héctor Lafaille¹⁰⁸ señala que en la definición misma de la transacción se habla de derechos dudosos, por una parte, y de litigiosos, por otra. Cuando son litigiosos, la transacción se hace con la intervención de la justicia, que ha entendido en el pleito. Cuando son meramente dudosos, no hay necesidad de dar intervención a la autoridad judicial, sino que más bien la transacción actúa como medio preventivo del pleito. Imaginando el caso de una reivindicación, Lafaille supone que ambas partes han llegado a un acuerdo, al que han asistido testigos y que consta en un documento privado; luego surgen dificultades de detalle y una de las partes se retira. Así, se pregunta si podría probarse la existencia de la transacción. Estima que no, ya que por tratarse de un derecho litigioso la formalidad es imprescindible: la transacción debe, entonces, presentarse firmada ante la autoridad competente.

Lafaille considera adecuado que la ley sea exigente en este punto (estando de acuerdo con tal criterio la legislación comparada y la doctrina en general), pues se tiende a evitar que la transacción, en lugar de ser una manera de cortar litigios, dé nacimiento a otros nuevos sobre existencia o inexistencia de aquélla.

¹⁰⁸ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, pp. 370 y 371.

Resulta interesante observar cómo en algunas legislaciones 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. Por ejemplo, en el Derecho alemán, la transacción está sujeta a forma cuando mediante ella se extingue una obligación o se acepta otra con carácter complementario, para cuyo nacimiento la ley establece forma determinada. Exigiendo la transacción concesiones recíprocas, entonces se trataría de un contrato bilateral en el sentido del artículo 320 y siguientes del BGB, es decir, de un contrato puramente obligatorio, y las disposiciones efectuadas a través de especiales actos de ejecución permanecen válidas aun cuando alguna obligación o disposición proveniente también de la transacción sea nula; la validez de las demás sólo puede impugnarse fundándose en el enriquecimiento sin causa, en caso de faltar la base jurídica.¹⁰⁹

En nuestro Derecho, la solución del artículo 1304 del Código de 1984 contrasta con la del numeral 1308 del Código Civil de 1936, que exigía para la transacción escritura pública o petición al juez que conocía del litigio. Evidentemente, la escritura pública como requisito implicaba un gasto considerable, que no en todos los casos estaba por debajo del monto de la controversia que se quería zanjar, por lo que muchas veces (particularmente, en asuntos de poca importancia patrimonial o reducido volumen económico) transigir era más oneroso que cumplir con las prestaciones en la forma solicitada por la otra parte antes de la transacción,¹¹⁰ lo cual resultaba desproporcionado y, a todas luces, ineficiente. Por lo demás, la escritura pública añadía innecesaria complejidad al acto de la transacción.

¹⁰⁹ Discrepando con esta posición, Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, pp. 139 y 140) expresa que como la transacción puede contener tanto actos obligatorios como dispositivos, para calificarla ha de atenderse a su respectiva finalidad, pero siempre se trata de «un negocio jurídico unitario» en el sentido del artículo 319 del BGB. Por consiguiente, la nulidad de una obligación o disposición en ella contenida tiene como consecuencia, en la duda, la nulidad de la transacción en su conjunto. Y dicha nulidad se extiende a todas las disposiciones contenidas en el contrato.

¹¹⁰ Hay un singular pero apropiado refrán popular que dice: «La lavada cuesta más que la camisa».

Cabe señalar, sin embargo, que siempre existió duda en relación a si la formalidad exigida por el Código Civil de 1936, respecto de la escritura pública, era *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Sobre el tema existen opciones discrepantes y ejecutorias supremas contradictorias.

La afirmación de que el formalismo de la transacción era *ad probationem*¹¹¹ fue recogida por numerosos tratadistas nacionales y extranjeros, y es el concepto que predomina en la doctrina. La transacción, siendo un contrato consensual, quedaba concluido o celebrado con el simple acuerdo de voluntades y tenía por objeto decidir los asuntos dudosos o litigiosos suscitados entre las partes contratantes, haciéndose concesiones recíprocas. Por ejemplo, José León Barandiarán¹¹² sostenía que «La formalidad impuesta no es “*ad solemnitatem*” sino de prueba. En general, las declaraciones de voluntad no están sometidas a formalidad que sea requisito para su validez. La transacción, de otro lado, no es acto traslativo sino declarativo de derechos; y si hay actos del primer carácter que sólo “*consensu perficiuntur*”, menos motivo habría para, tratándose de uno del segundo carácter, exigir una condición de forma para su existencia».

Asimismo, el Código Civil peruano de 1936 distinguía el acto del documento que servía para probarlo.¹¹³

No existía, por lo demás (con el Código Civil de 1936), razón suficiente que justificara la formalidad *ad solemnitatem* como elemento constitutivo de la transacción, ya que, en general, las formas de extinción de las obligaciones no requerían, para producir plenamente sus efectos, del cumplimiento de formalidad alguna.

¹¹¹ Confróntese el artículo 1308 del Código Civil de 1936.

¹¹² LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, pp. 536 y 564.

¹¹³ El artículo 1131 del Código Civil de 1936 disponía que «No debe confundirse el acto con el documento que sirva para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto».

A modo de ejemplo, podemos mencionar la condonación, que es la manera más onerosa para el acreedor de extinguir una obligación, porque ella se efectúa a título de beneficencia.

La condonación es un acto que, por su naturaleza e importancia, bien podría obligar a exigir la formalidad *ad solemnitatem* para su celebración. Empero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1298 del Código Civil de 1936, ella no requería la concurrencia de formalidad alguna. Por esa razón podía hacerse de cualquier modo que pusiera en evidencia la intención del condonante de renunciar a su derecho y la intención del condonado de aceptar dicha renuncia.¹¹⁴

Por otro lado, en todos aquellos casos en que el legislador de 1936 decidió exigir alguna formalidad en particular como condición esencial de un acto jurídico determinado, así lo prescribió expresamente,¹¹⁵ en tanto que no existía sanción de nulidad que invalidase el acto o que prohibiese su celebración de modo distinto, en la transacción, como ha quedado expresado; en el contrato de sociedad (artículo 1689); en el mutuo cuyo valor era superior a quinientos soles (artículo 1585); en el depósito de cosas cuyo valor excedía de quinientos soles, exceptuando el depósito necesario (artículo 1608); en la compraventa (artículo 1383); en la hipoteca (artículo 1012), aunque esta última figura jurídica, por su naturaleza, requería de dicha formalidad, no para su validez como contrato, pero sí para que el derecho real que se constituía inscribiéndose en el Registro de la Propiedad Inmueble tuviese efectos persecutorios.

¹¹⁴ Recordamos que no basta el acto de renuncia del condonante para que se celebre la condonación, sino que se requiere la aceptación del deudor, convirtiéndose así en un acto bilateral. Producida la aceptación, el acto genera efectos definitivos. Todos los actos que contengan una liberalidad, sean *inter vivos* o *mortis causa*, requieren de una aceptación.

¹¹⁵ A modo de ejemplo, se imponía la forma escrita, bajo pena de nulidad, en la fianza (artículo 1776) y en la donación de bienes muebles no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1474 del Código Civil de 1936. Se establecía el requisito de escritura pública, igualmente bajo pena de nulidad, en la renta vitalicia (artículo 1750).

También se admitía la existencia de la sociedad de hecho, sobre la base de la prueba escrita, así como del mutuo y del depósito, por cualquier medio probatorio. Se aceptaba la promesa de hipoteca y, en cuanto a la compraventa de inmuebles o de derechos y acciones sobre ellos, aunque se hubiera entregado la cosa al comprador, éste podía retener el precio o la parte que debiere hasta que fuere otorgada la correspondiente escritura pública, manteniéndose el contrato plenamente válido y produciendo todos sus efectos (artículo 1427).

Como en la transacción, en todos los casos citados los actos eran absolutamente válidos, no prescribiendo el Código Civil de 1936 su nulidad por carecer del requisito de escritura pública, por no haberse respetado la forma escrita o por no haberse empleado otra formalidad cualquiera en particular. Se trataba, pues, en todas esas situaciones, de contratos consensuales que, por tener tal carácter, se celebran con el simple acuerdo de voluntades. Podemos concluir, por esas razones, que para el Código Civil de 1936 la transacción no requería formalidad como requisito de validez.

Adicionalmente, puede señalarse que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 —derogado el 28 de julio de 1993— no prescribía formalidad alguna para que la transacción produjese efectos plenos dentro del marco de un proceso judicial en trámite.¹¹⁶

Debemos referirnos también a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Una resolución suprema del 10 de enero de 1942 declaraba expresamente que el contrato de transacción era uno de carácter consensual, el cual, suscrito en minuta, facultaba a cualquiera de los interesados a exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (artículo 1340 del Código Civil).

¹¹⁶ El Código de Procedimiento Civiles de 1912 no dedicaba a la transacción regla alguna, por lo que puede deducirse que sólo se requería, además del acuerdo de voluntades de las partes, el documento por escrito.

Volviendo a la solución del 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* (el Código de 1984 ha establecido el requisito de forma escrita bajo sanción de nulidad). 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. En ese mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia nacional al señalar que: «La única formalidad con la que debe cumplir la transacción es que se perfeccione por escrito, por lo cual si el demandado no concurrió a una notaría a legalizar su firma, este hecho no priva de mérito ejecutivo a la transacción que se adjunta a la demanda».¹¹⁷

¹¹⁷ Expediente n.º 1152-2005-Lima.

DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PUEDE TRANSIGIR

Artículo 1305.- «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1305

El artículo 1305 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en su artículo 1387: «Para transigir, es necesario tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El tutor y el curador no pueden transigir por el menor o por el inhabilitado para la administración de sus bienes, sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 239» (No puede transigir el curador con el menor que haya llegado a la mayor edad, sobre la cuenta de la tutela, a menos que sea conforme al artículo 258); en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en los artículos 1708: «Pueden ser materia de transacción todas las cosas que se hallen bajo el dominio del hombre»; 1720: «Se prohíbe transigir: 1º. Sobre lo que se deja en testamento, mientras vive el testador, y hasta que no se haga la apertura, si es testamento cerrado; 2º. Sobre delitos futuros; 3º. Sobre la pena impuesta en causa criminal; 4º. Sobre causas matrimoniales, bien que se puede transigir sobre esponsales»; y 1724: «Si alguno transige sobre cosas prohibidas, hace una transacción nula».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba la materia en los artículos 3036: «Se prohíbe transigir: 1º. Sobre herencias testamentarias y sobre legados mientras vive el testador, y hasta que no se

abra el testamento, si éste es cerrado; 2°. Sobre validez o nulidad de algún matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor de éste; 3°. Sobre patria potestad, autoridad marital y estado legítimo o natural de familia; 4°. Sobre el derecho de pedir alimentos; pero sí se puede transigir sobre la importancia de la pensión o cuota alimenticia, y sobre pensiones ya devengadas; 5°. Sobre bienes de una sociedad o compañía, si el socio que transige no se halla bastante autorizado»; y 3037: «Lo dispuesto en el inciso 3°, del artículo anterior no impide transigir sobre intereses puramente pecuniarios que estén subordinados al estado de familia de alguno de los que transigen, aunque ese estado sea contradicho.— Pero, si se transige a la vez sobre el estado de la persona y los intereses pecuniarios provenientes de ese estado, la transacción es nula, sea que se haya dado un solo precio o cosa por el estado y los intereses pecuniarios, sea que se haya dado un precio o cosa por la renuncia del estado, y otra cosa o precio por los intereses pecuniarios».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en el numeral 306: «Sólo en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 292: «Sólo en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordaba la materia en el artículo 1304: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1315: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 trataba el tema en su artículo 173: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de

transacción»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, lo hacía en el numeral 160: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, prescribía en el artículo 1323: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, de 1984, lo hacía en el numeral 1272: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción».

2. ANÁLISIS

2.1. Derechos sobre los que se puede transigir

El artículo 1305 del Código Civil peruano de 1984 prescribe que únicamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. El sentido de esta disposición es claro: los derechos extrapatrimoniales, esto es, los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto, la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción todos los derechos dudosos o litigiosos que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte del contrato,¹¹⁸ encontrándose fuera del comercio de los hombres, por lo que se infiere claramente que no pueden ser objeto de transacción. Y ello porque la transacción, siendo un medio para la extinción de las obligaciones, es básicamente un mecanismo contractual.

¹¹⁸ Artículo 1351.- «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

Los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no son objeto de transacción. Por ejemplo, todo lo concerniente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo), a la personalidad (como la capacidad, nacionalidad, estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a las obligaciones o deberes y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges comprometen el orden público. Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

Al interior del ámbito de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, contraer obligaciones respecto de los bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes y derechos.

De lo expresado podría inferirse que la norma bajo comentario resulta inútil, ya que la prohibición de transigir respecto de derechos extrapatrimoniales es obvia. Pero hasta cierto punto, al Derecho le interesa sacrificar tecnicismos en aras de proveer de claridad a temas claves (de alguna forma este precepto nos recuerda la reiterada restricción contractual en caso de perjuicio a terceros).

En el sistema jurídico argentino, el artículo 844 del Código Civil se encuentra relacionado con el artículo 833, en el que se establece que las cosas que están fuera de comercio y los derechos que no son susceptibles de constituir materia de una convención no pueden ser objeto de transacciones. La doctrina argentina considera conveniente analizar ambos rubros por separado, es decir, primero lo relativo a las «cosas que están fuera del comercio» y luego «los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención».

En relación con las cosas, Boffi Boggero,¹¹⁹ luego de precisar que la transacción sería sobre cosas a través de los derechos u obligaciones pretendidos sobre ellas (ambos integrantes del objeto de los actos jurídicos), señala que cuando las cosas son absolutamente inenajenables es fácil deducir que la transacción sobre ellas es imposible. Pero si son relativamente inenajenables, habrá posibilidad en la medida en que la autoridad competente lo autorice.

En cuanto a los derechos, Boffi Boggero, incluyendo por supuesto las obligaciones, afirma que halla más fácil para el lector una exposición que mencione los casos sin apelar a una subdivisión entre «derechos patrimoniales y extrapatrimoniales», que otra que sitúe los casos según los libros del Código; de ahí que prefiera realizarla en el sentido indicado. La idea central es la misma que la observada con referencia a las «cosas»: lo que tiene fundamento en un interés superior al privado no es susceptible de transacción.

Coincidimos con Boffi Boggero en sus apreciaciones respecto de los derechos y obligaciones que no son materia de transacción, pero creemos que todos ellos se encuadran dentro de los derechos extrapatrimoniales, por lo que la definición de nuestro Código Civil es más idónea que la de efectuar una lista de salvedades o excepciones, o verificar una enumeración taxativa de ellas, ya que siempre se corre el riesgo de omitir alguna o que las circunstancias de la vida y del comercio (mayormente de los avances tecnológicos) creen alguna nueva.

Es evidente que no pueden ser materia de transacción los derechos de los padres sobre los hijos, el estado de las personas, etcétera, pues en estos casos, aparte del interés privado en juego, también se encuentra el interés público, ya que se trata de instituciones de interés colectivo. En efecto, las personas no pueden renunciar a una situación que les corresponde por derecho de manera irrevocable, pues todos y cada uno de

¹¹⁹ BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1979, tomo IV, p. 423 y ss.

nosotros tenemos una filiación, un estado civil, etcétera, de carácter irrenunciable, por lo que cualquier transacción relativa a esos puntos es absolutamente nula. Y, ciertamente, se considera dentro de los derechos patrimoniales a aquéllos de carácter absolutamente pecuniario que se encuentran en relación con estos derechos personales o de estado. Estos últimos no podrán disponerse, pero los primeros sí. De esa forma, una persona no puede transferir (por tanto, transigir) su derecho sobre una creación artística o un invento científico, pero sí puede transferir las regalías o los derechos pecuniarios derivados de éstos.

Héctor Lafaille¹²⁰ sostiene, sobre este punto, que según el texto del artículo 847 del Código de su país, si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado y por el abandono de los derechos pecuniarios. Él se funda no sólo en el conocido principio de la indivisibilidad de la transacción, sino en razones de moral, porque por medio de este procedimiento se vendrían a violar, por vía indirecta, las disposiciones anteriores, las cuales no permiten que se transija sobre el estado civil de las personas.

En el caso peruano, no tenemos norma que concuerde con el citado numeral 847 del Código Civil argentino. Sin embargo, creemos que Lafaille tiene razón y, sin perjuicio de los argumentos por él esgrimidos, la validez de ciertas cláusulas que versan sobre el estado de las personas dentro de una transacción vendría a violar la intención de los interesados al tratar de hacer pasar por válido parte de un acuerdo que nuestra ley, a través del artículo 1305, prohíbe. Es más, en un caso como el descrito en el párrafo anterior no sólo se vulneraría la intención de los interesados, sino también el orden público se vería gravemente afectado; por ende, en adición a la aplicación del artículo 1305, también cabría aplicar lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código

¹²⁰ LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, p. 364 y ss.

Civil y declarar la nulidad del acto que contenga una transacción de estas características.¹²¹

En relación con la posibilidad de transigir o no sobre deudas alimentarias, Luis de Gásperi¹²² enseña que Marco Aurelio prohibió la transacción sobre deudas de este género, a menos que fuesen aprobadas por el Pretor; así, no debiéndoselas por lo común sino por los pródigos, hubo siempre el temor de que éstos pudiesen disipar en corto tiempo las rentas que por testamento se les había dejado. Por «rentas» se refiere a los «alimentos futuros», porque las rentas ya vencidas y no pagadas son atrasos destituidos del carácter de la verdadera deuda de alimentos. Son dos las condiciones de la deuda sobre la cual no podría transigirse sin aprobación del juez: a) la instituida por un acto de última voluntad; y b) la debida para el porvenir. Podría pues —según De Gásperi—, transigirse extrajudicialmente sobre alimentos vencidos y sobre alimentos estipulados por convención.

Salvat¹²³ estima que la obligación de prestar alimentos ha sido colocada por la ley argentina en una condición jurídica especial, en cierto modo fuera del comercio, y dentro de tal orden de ideas esta obligación no puede ser embargada por los acreedores del alimentario ni ser compensada en obligación alguna; tampoco es permitido renunciar al derecho de percibirlos, ni constituir a tercero derecho alguno sobre la suma que se destine a alimentos, ni hacer cesión de ella. Agrega Salvat que la obligación de los alimentos, dentro de este mismo orden de ideas, no puede ser objeto de transacción; y la razón de esto es que el monto de los alimentos, estando destinado a subvenir necesidades ineludibles de la vida del alimentario, debe considerarse fuera del comercio y, por con-

¹²¹ Artículo V. - «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

¹²² DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo III, pp. 227-229.

¹²³ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 234 y 235.

siguiente, no debe admitirse sobre él operación jurídica alguna que directa o indirectamente pueda propender a que se desvirtúen los propósitos de la ley.

Sobre este punto, la legislación peruana es clara al señalar, en el artículo 487 del Código Civil, que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable. De esta manera, no cabrá un acto de transacción sobre estos derechos, ya que será el juez quien los regule en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo, además, a las circunstancias personales de ambos (vale decir, del solicitante y del obligado), especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. Empero, si bien es cierto que no cabe transacción sobre este derecho, lo que sí podrá hacer el deudor es solicitar que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

2.2. La transacción sobre un proceso judicial ya concluido

Hemos visto que hay derechos que siendo patrimoniales (como en el caso de los alimentos), no son susceptibles de transacción. También es inválida la transacción respecto de bienes y derechos patrimoniales en caso de ignorancia respecto de tal derecho. Éste sería el caso de quien realiza una concesión respecto de un derecho que ignoraba haber adquirido por sentencia. Si, por ejemplo, dos personas se encuentran disputando judicialmente la propiedad de un inmueble y el juez dicta sentencia en favor de una de ellas y ésta, sin saber que el fallo ha sido emitido, renuncia a favor de la otra parte (que ha sido vencida en el juicio), esta transacción sería indudablemente nula en todos los casos,¹²⁴

¹²⁴ Hay dos posibilidades: una, que ambas partes ignoraban la sentencia antes de la transacción, en cuyo caso al transigir se encontraban en el estado de duda o incertidumbre que los motivó a realizar la transacción. La otra posibilidad es que la parte perdedora del juicio hubiese conocido la sentencia, por lo que habría actuado de mala fe, lo cual —todavía con mayor razón— da peso al fundamento que anula la transacción. No consideramos la posibilidad de

salvo que dicha sentencia no constituyera última instancia y pudiese ser revisada en apelación. De ser éste el caso, la doctrina se inclina a otorgarle plena validez a la transacción.

que el victorioso en juicio hubiese conocido su resultado antes de transigir, por resultar esto un absurdo.

TRANSACCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO

Artículo 1306.- «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1306

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar la Ley de las Siete Partidas, Ley 22, Título I, Partida Séptima: «Aquél que es acusado, puede fazer auenencia con su contendor, sobre pleyto de la acusación».

El artículo 1306 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 legisló sobre el particular en su artículo 1389: «Se puede transigir sobre el interés civil que resulta de un delito; pero la transacción no impide los procedimientos del juez dirigidos a su castigo»; en tanto, el Código Civil de 1852 lo hacía en el numeral 1720: «Se prohíbe transigir: 1°. Sobre lo que se deja en testamento, mientras vive el testador, y hasta que no se haga la apertura, si es testamento cerrado; 2°. Sobre delitos futuros; 3°. Sobre la pena impuesta en causa criminal; 4°. Sobre causas matrimoniales; bien que se puede transigir sobre esponsales».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en su artículo 3022: «Se puede transigir sobre el interés y la responsabilidad civil que resultan de un delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos del Ministerio público, ni del Juez para aplicar la pena»; mientras el

Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 293: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos para la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el numeral 281: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos para la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1299: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1310: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 regulaba la materia en su artículo 174: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980 lo hacía en el artículo 161: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 regía el tema en el artículo 1324: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, en el numeral 1273: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

2. ANÁLISIS

Sabemos que no se puede transigir sobre derechos que se encuentren fuera del comercio de los hombres,¹²⁵ incorporándose dentro de este rubro las acciones penales, por interesar al orden público y escapar, por

¹²⁵ Remitimos al lector a los comentarios sobre el tema, efectuados al analizar el numeral anterior (artículo 1305).

lo tanto, al ámbito de los particulares.¹²⁶ Sin embargo, caso distinto es la responsabilidad civil que proviene del delito, ya que se trata de intereses puramente económicos, es decir, susceptibles de disposición y, en consecuencia, transigibles.

En la mayoría de delitos, ocurrirá que de ellos se derive cierta responsabilidad civil, ya sea titular de ésta el Estado o algún particular. El artículo bajo comentario señala claramente que sobre esta materia sí cabe transigir. El Estado no considera de interés público la responsabilidad civil derivada de actos delictuales. En este aspecto, los particulares tienen la más amplia libertad para concertar una transacción.

Con base en lo señalado, podemos resumir que las sanciones penales reconocen un fundamento supraindividual (lo que puede denominarse el «bien común»), mientras que las sanciones civiles pertenecen, como principio, a la órbita de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, hay categorías de delitos sobre los cuales es difícil determinar si su esfera pertenece íntegramente al Derecho Público, como el caso de aquéllos cuya sanción se persigue por vía privada, por acción del propio ofendido. Estos delitos de acusación meramente privada son, por ejemplo, la injuria, la difamación, la calumnia, la competencia desleal, la violación de secretos y ciertos delitos contra la moral. En estos casos se vuelven algo difusas las razones por las cuales no se puede transigir en lo referente a la acción penal (la que es, en principio, pública, pero aquí es más bien privada), ya que su persecución sólo incumbe a la persona damnificada. Nada debería impedir, por consiguiente, que el perjudicado, que tiene la potestad de renunciar a su

¹²⁶ Si bien los delitos y las faltas interesan, y en ocasiones muy vivamente, a las partes comprometidas en dichos actos (en los que hayan podido intervenir como sujetos activos o pasivos), la reparación civil es la parte privada de esta relación. El campo penal es materia de Derecho Público, puesto que interesa a toda la sociedad, representada y tutelada por el Estado, el mismo que se encarga de castigar al sujeto que agrede la seguridad de la sociedad con su conducta. Es el Estado, mediante el Derecho Penal, el que protege a los ciudadanos recluyendo al criminal. Es el Estado el encargado de readaptar al delincuente para que pueda insertarse de manera productiva (o al menos inofensiva) en la sociedad.

acción, pudiera transigir respecto de ella (quien puede lo más, puede lo menos).

Resulta evidente, por lo demás, que si cabe transigir acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, con mayor razón será posible transigir sobre la responsabilidad civil proveniente de cualquier acto ilícito que no llegue a revestir tal carácter en el ámbito del Derecho Penal.

Antes de concluir nuestras apreciaciones sobre este tema, queremos referirnos al artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957, publicado el 29 de julio de 2004)¹²⁷ y que está entrando en vigencia en forma paulatina en todo el territorio nacional.

¹²⁷ Artículo 2.- «Principio de oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que éste último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse

Como se aprecia, la relación que aparentemente pudiera tener esta norma con el tema de la transacción, se presenta en los supuestos de los diversos apartados de este numeral 2.

Esta norma, que contiene el denominado «principio de oportunidad» en el proceso penal, se aplica —a efectos del desistimiento de la acción penal por parte del agraviado— mediante acuerdo entre dicho agraviado y el causante del daño, destinado a su reparación.

Sin embargo, el desistimiento por el agraviado (por más que haya llegado a un acuerdo con el imputado), no constituye transacción, pues no cabe transigir en asuntos penales.

el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento —con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)— hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnabile, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado. Tratándose de los supuestos previstos en el numeral 6), basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento».

Reiteramos estas expresiones vertidas anteriormente para evitar una interpretación equivocada del citado artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal, pues esta norma responde a las nuevas tendencias del Derecho Penal, proclives a favorecer la despenalización de ciertas figuras delictivas que no se consideren graves para la sociedad. Este principio estima que al Estado le sería muy oneroso en determinados casos continuar con el trámite de un proceso penal respecto a una persona que no resulta peligrosa y, además, que al haber convenido con el agraviado la reparación del daño, ya ha reconocido explícitamente el acto delictivo, elemento, este último, que para el Derecho Penal pone en evidencia que dicho sujeto se encuentra en proceso de readaptación. Es así que siendo la finalidad primordial del Derecho Penal moderno buscar la readaptación del reo, ella se estaría logrando sin necesidad de condena e internamiento del sujeto activo del delito.

Finalmente, sobre este punto, la jurisprudencia nacional¹²⁸ ha resuelto que: «Si bien es cierto el artículo 1306 del Código Civil permite transigir la reparación civil proveniente del delito, también lo es que esta transacción debe llevarse a cabo personalmente con la víctima, con sus herederos legales en caso de fallecimiento o con la persona que se haya constituido en parte civil».

128 Expediente n.º 2355-95-B-Lambayeque.

TRANSACCIÓN EFECTUADA POR REPRESENTANTES LEGALES DE AUSENTES O INCAPACES

Artículo 1307.- «Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oírá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1307

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en su artículo 1387: «Para transigir, es necesario tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El tutor y el curador no pueden transigir por el menor o por el inhabilitado para la administración de sus bienes, sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 239. No puede transigir el curador con el menor que haya llegado a la mayor edad, sobre la cuenta de la tutela, a menos que sea conforme al artículo 258»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en sus numerales 1716: «Los guardadores de menores ó de personas sujetas á interdicción, ó de otros incapaces, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen á su cuidado, salvo el beneficio de restitución que á éstas les corresponda; pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oírá al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal.— En los lugares donde no haya tres letrados que puedan informar, el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta»; y 1717: «La transacción sobre los bienes de ausentes se sujetará á las reglas prescritas en el artículo anterior; exceptuándose la audiencia del consejo de familia, en los casos en que no lo haya».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legislaba sobre la materia en sus artículos 3023: «No pueden transigir sobre los bienes de que están encargados: 1º. Los administradores de aduana, cajeros y apoderados fiscales, los colectores y demás empleados subalternos que administran bienes, o recaudan rentas del Fisco; 2º. Los guardadores con sus pupilos que no han cumplido veinte y un años, ni con los que han llegado a esta edad, o pasado de ella, mientras no estén aprobadas las cuentas y canceladas las fianzas del guardador; 3º. Los depositarios sobre las cosas depositadas; pero sí pueden transigir sobre sus derechos como tales depositarios, y sobre los gastos que haya causado la conservación del depósito»; 3027: «Los guardadores de incapaces, o de personas sujetas a interdicción pueden transigir sobre los bienes de los pupilos o de esas personas, salvo el beneficio de restitución que pueda corresponderles; pero la transacción no es válida, mientras no la aprueba el Juez de primera instancia respectivo, quien, antes debe pedir dictamen a tres letrados y oír al Ministerio fiscal, observando los trámites prescritos en el Código de procedimientos.— Si en el lugar no hay tres letrados que puedan dictaminar, el Juez debe nombrar tres personas de inteligencia y probidad conocidas, que suplan por los letrados»; y 3028: «Cuando sea necesario o conveniente transigir sobre bienes de un ausente que no tiene apoderado con facultad de celebrar transacciones, se observan las reglas prescritas en el artículo anterior».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 prescribía lo siguiente en sus numerales 297: «Los guardadores de menores o de personas sujetas a interdicción o de otros incapaces, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen a su cuidado, pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oír al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del Ministerio Fiscal.— En los lugares donde no hay tres letrados que puedan informar, el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta»; y 298: «La transacción sobre los bienes de ausentes, se sujetará a las reglas prescritas en el artículo anterior; exceptuándose la audiencia

del consejo de familia, en los casos en que no lo haya»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en su artículo 285: «Los guardadores de menores o de personas sujetas a interdicción, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen a su cuidado; pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oírá al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del Ministerio Fiscal.— En los lugares donde no haya tres letrados que puedan informar el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regía el tema en el artículo 1301: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oírá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrados, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad»; en tanto el Código Civil de 1936, lo hacía en el numeral 1312: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oírá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrado, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 trataba la materia en su artículo 176: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oírá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrado, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, lo hacía en su artículo 163: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oírá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».

Por último, el Proyecto de la Comisión Reformadora, de 1981, en su artículo 1326, señalaba lo siguiente: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oír al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente»; y el numeral 1274 del Proyecto de la Comisión Revisora, de 1984, establecía que: «Los representantes de ausentes o incapaces, pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oír al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».

2. ANÁLISIS

El artículo 1307 del Código Civil peruano regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces, tratándose de casos bastante especiales, ya que éstos requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente si se trata de realizar concesiones recíprocas que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Entonces, puesto que la transacción supone dichas concesiones, las cuales pueden consistir en verdaderas renunciaciones o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces mediante la exigencia imperativa de que sus representantes legales obtengan la aprobación del juez, quien por su parte debe oír previamente al Ministerio Público y al consejo de familia (si lo hubiere).

Siendo ésta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que a cada uno de ellos destina el Código Civil.

Así, en el caso de los ausentes¹²⁹ son de aplicación los artículos 52 y 56 del Código Civil, que establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aún enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, se entiende que dentro del término «incapaces» el artículo 1307 comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos, ya que no cuentan con capacidad de ejercicio plena y ambos, por disposición del propio Código, deben tener representantes.¹³⁰

La norma general sobre representantes legales prescribe que requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos, celebrar transacciones, celebrar compromiso arbitral y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167 del Código Civil).

¹²⁹ Como sabemos, son ausentes los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años y a los que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

¹³⁰ Artículo 43.- «Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

Artículo 44.- «Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil».

Artículo 45.- «Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela».

Artículo 46.- «La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de 14 años cesa también por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste».

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448 del Código Civil). En concordancia con el artículo 447, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. Entonces el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532 inciso 1 del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial si no se da audiencia previa del consejo de familia en resguardo de los intereses del menor.

2.1. La transacción celebrada a través de apoderado

Sabemos que para transigir se requiere la capacidad de disponer, habida cuenta de que quien transige renuncia a derechos o enajena o pierde bienes que supuestamente se encontraban en su patrimonio. La transacción es, pues, un acto de disposición.

Es claro, entonces, que cuando se habla de transacción por medio de apoderado, éste requiere contar con poder especial, porque el mandato general sólo comprende los actos de administración ordinaria, que son aquéllos para los que ha sido conferido, además de los que sean necesarios para su cumplimiento (artículo 1792 del Código Civil peruano). El mandato para asuntos específicos como transacciones, o cualquier acto que implique disposición de bienes o derechos, necesita de un poder especial. Al respecto, el artículo 156 del Código Civil establece que para disponer de la propiedad de los bienes del representado o gravarlos se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Se trata de una formalidad *ad solemnitatem*, por la gravedad de sus consecuencias.

TRANSACCIÓN SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD. EFECTOS

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».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1308

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XIV, Partida Quinta: «Si el demandador pudiere prouar, que el demandado le hizo engaño, en fazerle perder las cartas, o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon fizo el quitamiento de la debda, o de alguna partida della; ca si lo prouasse, estonce bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita».

El artículo 1308 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en sus artículos 1395: «Una transacción puede anularse cuando hay error en la persona o sobre el objeto del pleito materia de la transacción. Puede también rescindirse en todos los casos en que hay dolo o violencia»; 1396: «Hay igualmente lugar a la rescisión de una transacción, cuando se ha hecho dándose por válido sin consentimiento un documento nulo; salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre su nulidad»; y 1397: «La transacción hecha sobre documentos, que después se hayan reconocido ser falsos, es enteramente nula»; en tanto el Código Civil de 1852 lo hacía en el numeral 1725: «Es además nula la transacción: 1º. Si hubo error en cuanto á las personas que transigieron, ó sobre las cosas que fueron materia de la

transacción; 2°. Si intervino dolo, fuerza ó violencia; 3°. Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad; 4°. Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos; 5°. Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, ó cuando menos una de ellas».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en su artículo 3038: «Es nula la transacción: 1°. Cuando ha faltado en ella alguno de los requisitos del artículo 3014; 2°. Cuando ha recaído sobre cosas acerca de las cuales está prohibido transigir; 3°. Cuando hubo error en cuanto a las personas que transigieron, o sobre los objetos materia de la transacción; 4°. Si medió dolo, fuerza o violencia; 5°. Si se celebró a mérito de un documento nulo, y en el convenio no se tuvo en consideración la nulidad; 6°. Si se celebró en virtud de documentos que han resultado falsos; 7°. Cuando ha versado sobre pleito, en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la cual no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas; y 8°. Cuando ha sido celebrada por persona que no tenía facultad de transigir.— La transacción sobre una cuenta litigiosa no puede ser rescindida por descubrirse errores aritméticos en la cuenta. Las partes pueden pedir rectificación cuando haya habido error en lo dado, o cuando se haya dado la porción determinada de una suma, en la cual hubo error aritmético o de cálculo».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 regulaba el tema en sus artículos 301: «La transacción en que intervenga error, dolo o violencia está sujeta a lo dispuesto sobre la validez de los actos jurídicos»; y 302: «Es además anulable la transacción: 1°. Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.— 2°. Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.— 3°. Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas (Olaechea anotó —en el ejemplar de uso personal— que se cambia en este artículo el vocablo nula por

anulable por una razón de obviedad)); mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en su artículo 288: «Es anulable la transacción: 1º.- Si se celebró en virtud de documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.— 2º.- Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.— 3º.- Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en su artículo 1303: «Es anulable la transacción si se celebra en virtud de documento nulo o falso y no fue considerada la nulidad o falsedad»; y el Código Civil de 1936, en el numeral 1314: «Es anulable la transacción si se celebró en virtud de documento nulo o falso y no fue considerada la nulidad o falsedad».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 no registraba antecedente alguno sobre el particular; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980 regía la materia en su artículo 164: «Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad.— Si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable, la transacción tiene validez si las partes, conociendo el vicio, la celebran».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 abordaba el tema en el numeral 1327: «Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad.— Si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable, la transacción tiene validez si las partes, conociendo el vicio, la celebran»; mientras el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984 lo hacía en el artículo 1275: «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».

2. ANÁLISIS

Resulta necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad en las transacciones. La nulidad tiene lugar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de las partes.¹³¹ En caso de anulabilidad, la nulidad existe potencialmente (el acto tiene una «validez actual», pero una «invalidez pendiente»); sólo se requiere que el magistrado la compruebe y la declare (artículo 222: «El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquéllas en cuyo beneficio la establece la ley»).

Una vez pronunciada y ratificada 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.

La primera parte del artículo 1308 del Código Civil resulta ser una norma que fluye de la lógica jurídica. En realidad, sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto. Y es natural, por la sencilla razón de que nada cabe hacer en nuestro Derecho para que algo nulo deje de serlo. 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

¹³¹ Sobre este punto, Juan Espinoza Espinoza realiza un interesante análisis al señalar lo siguiente: «El adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*, notoriamente reflejaba una idea de nulidad que se identificaba con la inexistencia. Por ello, el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos precarios y dejará de hacerlo cuando haya una sentencia que lo declare como tal» (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 490).

lo nulo, bajo la forma de una transacción posterior, pudiese llegar a tener algún valor para el Derecho y, por lo 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 extrancontractual—) 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 éste, 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 la que 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, constituir una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Sobre este punto, Morales Hervias¹³² sostiene que:

Si las partes conocieron el vicio del contrato de transacción, el contrato no será anulable. La existencia de un vicio en el consentimiento presupone que la parte afectada no conocía de estos vicios. Por eso, la conocibilidad es exigible en la parte que realiza el vicio y no en la parte perjudicada. En esta forma, la anulabilidad garantiza el control de la correspondencia entre el interés real y el interés regulado, concediendo la posibilidad de verificar el procedimiento de la formación del acto. Si hay compatibilidad entre el interés real y el interés regulado por la conocibilidad del vicio, es lógico suponer que no debe aplicarse la anulabilidad. Justamente, la anulabilidad es una sanción que tutela el interés de una de las partes a diferencia de la nulidad, que es una sanción que protege intereses de la colectividad.

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 invalidez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como «en suspenso», la cual 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.

¹³² MORALES HERVIAS, Rómulo. «Transacción de obligación nula o anulable». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo VI, p. 824.

SUPUESTOS EN LOS CUALES LA CUESTIÓN SOBRE LA QUE SE TRANSIGE ES, PRECISAMENTE, LA NULIDAD O ANULABILIDAD DEL ACTO

Artículo 1309.- «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1309

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en su artículo 1396: «Hay igualmente lugar a la rescisión de una transacción, cuando se ha hecho dándose por válido sin conocimiento un documento nulo; salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre su nulidad»; en tanto que el Código Civil de 1852, así como el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; el Código Civil de 1936; y la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973, se abstienen de regularlo.

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980, regía la materia en el artículo 165: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida»; el Proyecto de la Comisión Reformadora de

1981 lo hacía en su artículo 1328: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, la trataba en su artículo 1276: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida».

2. ANÁLISIS

Al tratar acerca del artículo 1308 hemos precisado las consecuencias que tendría una transacción celebrada sobre actos nulos o anulables. No debemos confundir la transacción celebrada sobre actos nulos o anulables con la transacción sobre la nulidad o anulabilidad de dichos actos, que es el supuesto del numeral 1309 del Código Civil peruano.

En efecto, el artículo 1309 legisla los casos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

Creemos que se podría esbozar una interpretación en el sentido de que, en el caso de los actos nulos de pleno derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto jamás se celebró, por lo que no cabría transigir sobre algo que no existe. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad.¹³³

Para entender mejor este criterio, recordemos los supuestos de nulidad absoluta: cuando falta la manifestación de voluntad del agente

¹³³ En este mismo sentido se expresa Rómulo Morales (MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, pp. 826 y 827).

(en cuyo caso, jamás hubo acto jurídico y lo que se llamaría «transacción» vendría a ser en realidad el primer acto jurídico y no el segundo); cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz (excepto en el caso de los incapaces no privados de discernimiento que celebren contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria); cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable; cuando su fin sea ilícito (¿cómo podría transigirse respecto de la nulidad de este acto?); cuando adolezca de simulación absoluta (¿se puede hablar de convalidar este acto?); cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (de esta manera se esquivarían las formalidades constitutivas o *ad solemnitatem*, perdiendo éstas su sentido); cuando la ley lo declara nulo (¿se podía acaso ir contra la ley por convenio privado entre particulares?); y cuando el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (transigir sobre la nulidad de este tipo de acto sería atentatorio contra el sistema mismo).

Sin embargo, nosotros nos adherimos al contenido del precepto legal, no entendiéndolo como una vía lo suficientemente amplia como para salvar nulidades evidentes, ni menos aún aquéllas de orden público. Creemos que existen numerosos casos en los cuales legítimamente, vale decir, en puro Derecho, las partes pueden tener ante sí un problema derivado de la duda razonable que pudiese generar, por ejemplo, una discusión sobre si la formalidad establecida por ley para celebrar el acto que han pactado era *ad solemnitatem* o *ad probationem* (ello, por no ser claro el texto legal). En un caso como éste, discutible en el plano jurídico, no vemos por qué razón las partes no podrían solucionar sus diferencias recurriendo a una transacción, la que estaría referida a llegar a un acuerdo interpretativo sobre su nulidad o validez o, asumiendo la nulidad, tal acuerdo sea el resultado de la creación de alguna o algunas obligaciones que pudieran no tener relación con el acto preexistente que fue materia discutible.

Además, a través de esta vía se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y

rápida, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia o, de ser el caso, esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que al tratarse de un punto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, las que (recurriendo a la vieja frase relativa a la transacción) se estarían dictando su propia sentencia.

Consideramos, finalmente, que la transacción sería indiscutiblemente válida cuando hubiese versado sobre la anulabilidad del acto o título. Sobre este tema parecen innecesarios comentarios adicionales, pues lo anulable es susceptible de confirmarse.

INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN. EFECTOS

Artículo 1310.- «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.

En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1310

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el Código Civil de 1852 ni en el Proyecto de Código Civil de 1890.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba sobre el particular en su artículo 307: «Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en su artículo 293: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus cláusulas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el numeral 1305: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1316: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973 abordaba el tema en su artículo 180: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980 lo hacía en el artículo 166: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario.— En tales casos, sin embargo, no se restablecerán las garantías prestadas por terceros. Tratándose de las garantías otorgadas por las partes, ellas renacerán sin perjuicio del derecho de terceros».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 trataba esta materia en su artículo 1329: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario.— En tales casos, sin embargo, no se restablecerán las garantías prestadas por terceros. Tratándose de las garantías otorgadas por las partes, ellas renacerán sin perjuicio del derecho de terceros»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, de 1984, lo hacía en el numeral 1277: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.— En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros».

2. ANÁLISIS

2.1. Generalidades

Constituye regla general en el Derecho peruano, respecto al tema de la divisibilidad o indivisibilidad de las nulidades en un acto jurídico, lo prescrito por el artículo 224 del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

Artículo 224.- «La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal».

Como puede observarse de la lectura del primer párrafo del artículo transcrito, ese precepto está enmarcado dentro del espíritu general del Código Civil de 1984, en el sentido de optar, en esa hipótesis, por la conservación de los actos jurídicos o contratos celebrados, en lugar de sancionarlos con la nulidad o pérdida de eficacia.¹³⁴

El artículo 1310 del Código Civil peruano, relativo a la transacción, constituye la excepción a la regla del artículo 224. Y hay motivos para ello. La transacción es un acto que tiene por objeto poner fin a un asunto controversial. Por eso, justamente, la transacción debe ser un acto que revista todas las seguridades de que en el futuro no se suscitarán problemas por el propio acto o por el acto originario.

Según enseña Luis de Gásperi,¹³⁵ a diferencia de los fallos, la transacción, como obra de la común intención de las partes, las cuales al avenirse a una renuncia recíproca de derechos se entiende que quisieron el

¹³⁴ Sin embargo, el criterio adoptado por el Código Civil peruano no es compartido por todo el Derecho de nuestra tradición jurídica. Así, puede apreciarse el parecer de Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, p. 353), quien manifiesta, respecto al tema en el Derecho argentino, lo siguiente:

«La indivisibilidad de la transacción no constituye un carácter específico de la misma: ella es propia de todos los actos jurídicos. El principio de que no se puede dividir un acto jurídico eliminando de él determinadas cláusulas y dejando subsistentes otras, se aplica con toda amplitud, porque constituyen manifestaciones de voluntad sobre una serie de puntos determinados, y aquéllas quedarían mutiladas si se admitiera la anulación de algunas de esas cláusulas y la subsistencia de las otras; el consentimiento se ha prestado en atención a todas.

El principio de la indivisibilidad, de rigor en todos los actos jurídicos, parece más estricto, si cabe, en aquéllos que son extintivos o creadores de derechos».

¹³⁵ DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo III, p. 235.

todo y no partes aisladas del acto, es indivisible, de donde viene que no pueda anulársela por partes y convalidársela por el resto.

Moisset de Espanés¹³⁶ es claro en este punto al señalar que aunque la transacción contenga disposiciones separables e independientes, basta que una sola de ellas sea nula para que la transacción quede invalidada en su totalidad.

Estima Rezzónico¹³⁷ que la transacción es un acto indivisible (aunque Colmo y Lafaille observan que este carácter no es privativo o específico de la transacción, ya que cualquier contrato y convención se halla en igual caso), pues el artículo 834 del Código Civil argentino dispone: «Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción». Para Rezzónico esto se deriva de que en la transacción el sacrificio o la concesión hecha por una de las partes representa como el precio o la condición del sacrificio de la otra.

En opinión nuestra, y salvo pacto en contrario —fruto, en este caso, de la autonomía de la voluntad—, resulta imprescindible que la transacción revista validez total. La transacción es un acto en el cual las partes se hacen concesiones recíprocas. Por ello, de aceptarse el principio general del artículo 224 del Código Civil, podría presentarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase y que, justamente a través de esa cláusula, una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptara la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema, sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia, sino la continuación de ésta o la perpetuación de una situación injusta, bajo el manto de la «cosa juzgada». Como ello resultaría perjudicial para una de las partes, o para ambas, inclusive, la

¹³⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. *Op. cit.*, tomo II, p. 341.

¹³⁷ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, pp. 1027 y 1028.

ley prefiere optar por la solución contemplada por el artículo 1310, primer párrafo, del Código Civil, que establece la denominada indivisibilidad de la transacción.

2.2. Carácter relativo del precepto

Sin embargo, según lo dicho anteriormente, por tratarse de un asunto de interés privado y no de orden público, la ley admite pacto en contrario. Este pacto puede ser previsto en el mismo acto de la transacción o posteriormente.

Sobre este punto, Raymundo M. Salvat¹³⁸ se pregunta si el principio de la indivisibilidad de las transacciones es de carácter absoluto o admite, por el contrario, algunas limitaciones. En su opinión, estando fundado este principio en una presunción de voluntad de las partes, la transacción debe considerarse divisible y, por consiguiente, admitirse la validez parcial de ella.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas,¹³⁹ se ha entendido que el carácter indivisible en la transacción no es absoluto, por cuanto la norma que lo consagra sería meramente interpretativa o supletoria de la voluntad de las partes; de forma tal que, siempre que exista y resulte debidamente acreditada una voluntad en sentido contrario, debe considerarse divisible a la transacción y, por lo tanto, admitirse su validez parcial. Se tratará, en suma, de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial a tenor de las circunstancias particulares de cada caso. Recuerdan que, en tal sentido, algunos códigos extranjeros, como los de Uruguay (artículo 2658) y México (artículo 2962), sólo atribuyen a la transacción carácter indivisible mientras las partes no hayan convenido lo contrario.

¹³⁸ SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 289.

¹³⁹ CAZEAUX, Pedro N. y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, p. 235.

2.3. Garantías

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 1310 del Código Civil peruano, éste prevé que de presentarse el supuesto analizado se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros.

Si la transacción se anulase, el acto dudoso o litigioso permanecería inalterado y la situación de controversia continuaría presente.

Es respecto del acto controvertido —cuya transacción es nula o anulable— que se restablecen las garantías otorgadas por las partes. Sin embargo, la ley no otorga tratamiento similar a las garantías de terceros, las que no se restablecen, ya que lo contrario equivaldría a someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA SUERTE. APLICACIÓN A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE TRANSACCIÓN

Artículo 1311.- «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1311

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980.

El tema fue abordado por primera vez en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por José León Barandiarán y Max Arias-SchreiberPezet, sobre el contrato de Juego y Apuesta, de 1980, en el artículo 10: «Cuando las personas se sirvieran del medio de la suerte para dividir cosas comunes o dirimir cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de la partición, y en el segundo, los de la transacción»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, artículo 2006: «Cuando las personas se sirvieran del medio de la suerte para dividir cosas comunes o dirimir cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de la partición, y en el segundo, los de la transacción»; y,

finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, artículo 1278: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

2. ANÁLISIS

El artículo 1311 del Código Civil peruano de 1984 se refiere a la transacción realizada por medio de la suerte, es decir, del azar. El legislador, con el propósito de estimular la transacción de asuntos dudosos o litigiosos, ha previsto que cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones ello produce los efectos de una transacción.

Si las partes se someten a la ventura para dirimir sus diferencias, en realidad pueden estar celebrando el denominado «contrato de decisión» por medio de la suerte, acto que, en algunos casos, puede ser adecuadamente una transacción.

Consideramos que el supuesto previsto por el artículo 1311 del Código Civil constituye propiamente una transacción, ya que se presentan, aunque a primera vista no lo parezca (por la posible confusión con el contrato de decisión), todos los supuestos establecidos por el artículo 1302 del Código Civil.

Si cabe algún cuestionamiento relativo a la existencia de concesiones recíprocas, tales concesiones se dan desde el momento en que las partes admiten solucionar su controversia recurriendo al acaso, vale decir que admiten —al dejar la solución del problema librado a la suerte— que prevalezca salir beneficiadas o perjudicadas por efectos del azar, que constituye una verdadera transacción.

Podemos imaginar muchas maneras a través de las cuales se recurra a solucionar un problema utilizando esta vía. Una de ellas, por citar un ejemplo, sería la de que por medio de la suerte se haga prevalecer,

finalmente, la opinión o parecer de una parte o de la otra, pero por completo. Sería algo así como: «Si tú ganas te pago todo lo que tú dices que te debo, pero si pierdes no pago nada, pues sostengo no deber».

Una vez que se determinen los derechos de las partes, las cuestiones sometidas a la suerte producen los efectos de una transacción y su cumplimiento se ejecuta conforme a lo dispuesto en el artículo 1312 del Código Civil: en la vía ejecutiva, si se trata de derechos dudosos, todavía no litigiosos, y como si fuera una sentencia, para el caso en que haya sido llevada a cabo dentro de un proceso.

Podría ser frecuente, por otro lado, que las partes decidan dejar al azar alguna combinación de concesiones recíprocas sobre cuya elección no se han puesto aún de acuerdo. Por ejemplo, Cristina propone a Eduardo varias alternativas (ofrecimientos), y éste, por su parte, tiene una propuesta para cada una de tales alternativas. Finalmente, existen varias «combinaciones», cada una de las cuales incluye concesiones recíprocas y, por lo tanto, una potencial transacción. Ante la indecisión, podrían optar porque sea la suerte la que determine cuál constituirá la transacción que ponga fin a su controversia.

Sin embargo, la transacción dejada a la suerte puede revestir características un tanto más complejas.

Uno de los coautores de este trabajo tuvo ocasión de participar hace cinco décadas en la solución de una controversia suscitada entre seis herederos (todos ellos hijos, en igualdad de porcentajes) de un ciudadano que a su fallecimiento había dejado una cuantiosa fortuna.

Era el caso que prácticamente todos los herederos deseaban, como cuota parte, los mismos bienes, lo que determinaba la imposibilidad de efectuar una división y partición armoniosa. Para solucionar una situación que se tornaba conflictiva, y que a todas luces ya resultaba dudosa, se les sugirió efectuar una división y partición derivada de la suerte.

Así, luego de una escrupulosa tasación de los bienes materia de la herencia, el albacea y asesor legal de los herederos procedió a agrupar en seis lotes, cada uno de valor similar, los bienes de la sucesión. Luego, en acto que contó con la asistencia de los seis herederos y de notario público, se asignó un número a cada conjunto de bienes y, por sorteo, esto es, por azar, se adjudicó un lote a cada heredero.

En este caso, si bien ninguno logró máximas aspiraciones ideales respecto de los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, que puso fin a sus controversias y les ahorró considerable tiempo, molestias y dinero.

El caso expuesto demuestra cuán útil puede resultar recurrir al mecanismo de la transacción por medio de la suerte y cuántos problemas se podrían solucionar si ese sistema se utilizara con mayor frecuencia.

MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

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

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1312

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García de 1973; en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, de 1980; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981.

Su único antecedente nacional es el artículo 1279 del Proyecto de la Comisión Revisora del 1984: «La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial en la vía ejecutiva».

2. ANÁLISIS

El precepto contenido en el artículo 1312 del Código Civil peruano se encarga de establecer las vías mediante las cuales las personas que hayan transigido pueden ejecutar dicha transacción (o solicitar su cumpli-

miento). Como se observa, la norma distingue dos procedimientos distintos, en función de si la transacción ha sido celebrada dentro de un proceso judicial o fuera de él.

Aquí precisa recordarse que respecto a dicha regla la Comisión Revisora del Código Civil peruano¹⁴⁰ expresa que la norma responde en sus dos partes a una bien entendida economía procesal que aconseja adoptar soluciones rápidas, simples y de menor costo económico y social.

2.1. Ejecución de la transacción judicial

Recuerda la Comisión que durante los debates para la aprobación del Código Civil, Jack Bigio Chrem expresó la conveniencia de incorporar un precepto que recogiera el criterio prevaleciente de la jurisprudencia nacional a fin de que la transacción celebrada cuando existe un proceso entre las partes sea ejecutada de la misma manera que la sentencia. Expresó que, de esa manera, se estimularía a las partes a transigir y se robustecerían los derechos de los que han intervenido en la transacción al otorgarles un medio expeditivo para obtener su cumplimiento.

Agregó, asimismo, que el Código Civil requería de la norma a fin de que los litigantes y los jueces tuvieran una regla precisa destinada a evitar un conflicto acerca del modo en que debía ejecutarse la transacción que había puesto fin al proceso.

La citada Comisión también recuerda lo siguiente:

El Dr. Felipe Osterling Parodi, distinguido jurista invitado, expresó que le parecía inconveniente que el Código Civil incluyera una regla como la propuesta, por tratarse de una norma de carácter procesal.

¹⁴⁰ Comisión Revisora del Código Civil Peruano. Bigio Chrem. *Op. cit.*, pp. 13-15.

El Dr. Jack Bigio Chrem manifestó que, si bien el precepto que proponía tenía alcances procesales, era recomendable que se agregue al Código Civil para dar certeza a los litigantes, en el caso de la transacción celebrada en juicio; expresó, además, que existían diversas ejecutorias de la Corte Suprema de la República que tenían sentado ese criterio mayoritario, pero no uniforme y que había que evitar que la ejecución de la transacción se convierta en otra fuente de litigios. Finalmente indicó que la doctrina extranjera era favorable a un precepto como el sugerido.

Por otra parte, precisa anotarse que el Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, regula el tema de la transacción judicial como Capítulo III del Título XI, relativo a las Formas Especiales de Conclusión del Proceso, comprendido dentro de la Sección Tercera, referente a la Actividad Procesal, artículos 334 a 339.¹⁴¹

¹⁴¹ El contenido de los citados numerales es el siguiente:

Artículo 334.- «Oportunidad de la transacción

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».

Artículo 335.- «Requisitos de la transacción

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».

Artículo 336.- «Transacción del Estado y otras personas de derecho público

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, sólo pueden transigir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

Esta exigencia es aplicable también a la conciliación, al desistimiento de la pretensión y al del proceso».

Artículo 337.- «Homologación de la transacción

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.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

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.

Cabe señalar que el profuso tratamiento que ha recibido la transacción judicial en el Código Procesal Civil no siempre guarda relación con las normas de carácter sustantivo previstas por los artículos 1302 a 1312 del Código Civil.

En tal sentido, vamos a efectuar un somero repaso de las normas sobre transacción judicial que consigna el Código Procesal Civil en vigencia (artículos 334 a 339) y que antes hemos transcrito.

Resulta importante, a efectos de nuestro análisis, lo prescrito por el artículo 337 del Código Procesal Civil, norma que señala 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. Agrega la norma que queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

Esta disposición concuerda con lo previsto en el artículo 1302 del Código Civil, al exigir concesiones recíprocas, y es coincidente con el artículo 1305 del referido Código al prever que sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

Además, no obstante que la ley sustantiva no lo contempla, el artículo 337 del Código Procesal Civil establece la conclusión del proceso si la transacción alcanza la totalidad de las pretensiones propuestas, lo que equivale a decir que la transacción sólo pone fin al proceso cuando

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso».

Artículo 338. - «*Normatividad supletoria*

En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil».

Artículo 339. - «*Acto jurídico posterior a la sentencia*

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».

tiene carácter total, no así la transacción parcial, pues ella —como vimos oportunamente— soluciona tan sólo un aspecto del problema materia del litigio. Se puede decir, entonces, que el Código Procesal Civil reconoce la transacción parcial, tema no regulado por el Código Civil.

Por otro lado, el artículo 337 del Código Procesal Civil coincide con el último párrafo del artículo 1302 del Código Civil, en el sentido de que la transacción que pone fin al proceso tiene autoridad de cosa juzgada.

Resulta discutible la segunda parte del segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil cuando señala que el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución. Y decimos que es discutible, pues más allá de constituir un medio extintivo de obligaciones, la transacción es un contrato que puede servir para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que no son necesariamente aquéllas materia de debate. En tal sentido, si estuviésemos ante un supuesto de incumplimiento contractual, pensamos que deberían resultar aplicables los preceptos generales de resolución por incumplimiento, plasmados en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil. Sin embargo, la ley procesal peruana restringe el ámbito de la transacción, ya que con ella no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso, en contravención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1302 del Código sustantivo.

El citado artículo 337 del Código Procesal Civil establece, en fin, 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, caso, este último, en el que se tendrá en cuenta lo previsto sobre intervención de terceros.

El Código Procesal Civil agrega (artículo 338) que en todo lo no previsto en el capítulo relativo a la transacción judicial se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

Finalmente, recordamos que el artículo 339 del Código Procesal Civil dispone 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, pero que dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.

Podría parecer, a primera vista, que en estos casos sí sería susceptible de configurarse una transacción, por considerar dentro de la categoría conceptual de «asunto dudoso» las posibilidades de pago del vencido en pleito judicial. A nosotros nos parece claro, sin embargo, que en estas circunstancias sería improcedente una transacción, por cuanto el asunto «dudoso o litigioso» habría quedado zanjado definitivamente por una sentencia consentida y ejecutoriada. Las coordinaciones posteriores entre las partes, que las conduzcan a otra clase de convenciones, podrán constituir novación, dación en pago, condonación, etcétera, mas nunca una transacción.

Como punto aparte mencionamos que es frecuente, en las obligaciones pecuniarias en las que los tribunales ordenan el pago de intereses sin fijar su cuantía, que las partes continúen, en ejecución de sentencia, debatiendo su monto. Aquí, no obstante que se trata de una sentencia consentida y ejecutoriada sobre el capital, las partes podrían transigir sobre los intereses.

2.2. Ejecución de la transacción extrajudicial

El artículo 1312 del Código Civil peruano abarca también 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.¹⁴²

Luego de entrar en vigor el Código Procesal Civil que hoy nos rige, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial, ha 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, al que hace referencia el análisis de la Comisión Revisora.

Como se recuerda, los procesos de ejecución se encuentran regulados en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

Dentro del ordenamiento procesal, el numeral 694 de dicho cuerpo legal establece que se puede demandar ejecutivamente obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Por su parte, el artículo 695 expresa que a la demanda con título ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero se le dará el trámite previsto en las disposiciones generales.

¹⁴² «Si la norma procesal confiere fuerza ejecutiva al dicho del arrendador en la ejecución por pago de la renta, el legislador estima que con mayor razón debe otorgarse mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial —en la que el Juez está en aptitud de apreciar la voluntad del obligado— a fin de asegurar su pronto y eficaz cumplimiento.

Finalmente, cabe tener presente que el artículo 1312 sólo regula las vías para solicitar el cumplimiento de la transacción. Nada impide que la parte perjudicada por algún incumplimiento pueda solicitar la resolución de la transacción» (COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM. *Op. cit.*, pp. 13-15).

Cabe señalar que este comentario de la Comisión fue anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, que en su artículo 337 establece que el incumplimiento de la transacción judicial no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de la transacción.

2.3. Semejanzas y diferencias existentes entre la transacción y otras figuras procesales

2.3.1. Transacción y mediación o buenos oficios

La mediación o buenos oficios es un tema no previsto por la ley, pero nada se opone a que opere.

Es frecuente, en efecto, que partes con un asunto dudoso o litigioso designen de común acuerdo a un mediador o a una persona que interponga sus buenos oficios para solucionar el conflicto. Si ante esta mediación ambas partes se hacen concesiones recíprocas, evidentemente se estaría produciendo una transacción.

Si, por el contrario, a través de la mediación o buenos oficios, una de las partes acepta íntegramente las peticiones de la otra parte, entonces estaremos ante el reconocimiento de una obligación que se extinguirá por cualquiera de las otras formas previstas por la ley, usualmente mediante el pago.

2.3.2. Transacción y arbitraje

También debemos referirnos al arbitraje. Éste carece de mayores puntos de contacto con la transacción, salvo que un proceso arbitral concluya por esa vía.

Como se sabe, el arbitraje en el Perú estuvo previsto, en primer término, por el artículo 548 y siguientes del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Con posterioridad se complementó por los artículos 1906 a 1922 del Código Civil de 1984. Luego se modificó íntegramente por el Código Procesal Civil. A continuación, se dictó el minucioso Decreto Ley n.º 25935, para posteriormente regirse por la Ley General de Arbitraje n.º 26572, de fecha 20 de diciembre de 1995. En la actualidad,

el arbitraje se encuentra regulado por el Decreto Legislativo n.º 1071, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

En rasgos generales, no es posible someter a arbitraje asuntos relativos al estado o la capacidad civil de las personas, ni sobre los bienes o derechos de incapaces, sin la previa autorización judicial. Tampoco cabe sobre las normas que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Es decir, en suma, sobre derechos no disponibles.

Sin embargo, el arbitraje —cada vez más difundido en el Perú durante los últimos años por entidades nacionales especializadas como el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Colegio de Abogados de Lima, la Cámara de Comercio de Lima, etcétera, o por entidades internacionales como el caso de la Cámara de Comercio Internacional de París, CCI—, también puede terminar por transacción, exactamente igual que en un proceso judicial.

2.3.3. Transacción y conciliación

Podríamos encontrarnos ante un supuesto de conciliación judicial, que constituye otra de las formas especiales de conclusión del proceso, teniendo rasgos característicos en nuestra legislación procesal, los cuales de alguna forma la asemejan a la transacción.

En el artículo 323 del Código Procesal Civil se establece que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia (nótese que la transacción judicial procede en cualquier estado del juicio, incluso cuando la causa esté al voto o en discordia en una casación).

El artículo 324, por su parte, señala que la conciliación se llevará a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante,

si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. Asimismo, establece que el juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.

El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (artículo 325).

De acuerdo con el artículo 327 del Código Procesal Civil, si habiendo proceso abierto las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación extrajudicial. Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325, y declarará concluido el proceso. Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero.

En virtud a lo establecido por el artículo 328, la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada (extremo en el que se asemeja a lo dispuesto por la primera parte del segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil, en materia de transacción, y a lo previsto por el tercer y último párrafo del artículo 1302 del Código Civil).

Ahora bien, es de notar que las semejanzas que existen entre esta figura y la transacción son ostensibles, por cuanto ambas tienen como núcleo sustancial el acuerdo pacífico y a satisfacción de ambas partes para eliminar la discrepancia entre ellas.

La conciliación es una alternativa que se presenta dentro o fuera de un proceso (es decir, antes de que éste comience), ya sea judicial o arbitral, contemplado en la normativa correspondiente. La transacción también procede dentro o fuera de un juicio o arbitraje, y cuando se da dentro de un proceso, puede ser en cualquier estado de él, pero sin necesidad de que las partes soliciten espacio y momento para transigir.

La conciliación debe celebrarse dentro de la audiencia de conciliación (etapa prevista legalmente dentro de un proceso) o por convocatoria de oficio por parte del juez, o cuando a éste lo hubieren solicitado las partes. Finalmente, el juez participa en la conciliación, propone, según el caso, alguna fórmula conciliatoria y aprueba el resultado de la conciliación. En la transacción, el juez o el tribunal arbitral no tiene injerencia alguna, pues ésta es un acuerdo estrictamente privado de las partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomos II, III.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo I.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1979, tomo IV.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1982, decimoquinta edición, tomos II, III, V, VIII.

CASTILLO FREYRE Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II.

COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Exposición de Motivos del Libro Quinto*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936, fascículo VI.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. La transacción*. En diario oficial *El Peruano*, Separata especial, Lima, 3 de diciembre de 1990.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, quinta edición.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1945-1946, tomos II, III.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo VI, volumen I.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1954, tomo II.

LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentarios didáticos. Direito das Obrigações*. Sao Paulo: Atlas, 1978.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, tomo III.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavaía, 2004, tomos II, III.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «Transacción de obligación nula o anulable». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo VI.

ORTÚZAR SANTA MARÍA, Álvaro. «Nulidad del contrato de transacción en materia civil». En BARROS BOURIE, Enrique. *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Lima: Espasa Calpe, 2005, vigesimosegunda edición, tomos II, III.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961, volumen II.

SALVAT, Raimundo. *Tratado de Derecho Civil argentino*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo II.

STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Obligations*. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1992, cuarta edición.

TROPLONG, Théodore. *Droit civil expliqué, De la Vente*. París: Charles Hingray ed., 1856, tomo XVII.

LA TRANSACCIÓN: EL MARC OLVIDADO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ