

Primer Pleno Casatorio Civil: ¿El Fin Justifica los Medios?

Marianella Ledesma Narvaez*

«El debate desarrollado en torno al Primer Pleno Casatorio Civil ha sido abundante en la doctrina nacional; sin embargo, el aporte que la profesora Ledesma hace al respecto es enriquecedor a la discusión, toda vez que de una manera clara, didáctica y precisa, desde un enfoque constitucional y sobre la base de los fines que cumple el Derecho Procesal, pone a nuestra consideración temas tan relevantes como (i) la inconstitucionalidad del Pleno Casatorio o (ii) la naturaleza de la transacción extrajudicial y su posibilidad de oponerlo como excepción dentro del proceso. Sin lugar a dudas, el presente ensayo es un importante aporte a la doctrina nacional por su alto grado de aplicación en la judicatura nacional».

El **Primer Pleno Casatorio No 1465-2007-Cajamarca**, ha sentado un polémico precedente sobre los efectos que genera para el futuro proceso judicial la transacción extrajudicial realizada al amparo del artículo 1302 del Código Civil. El tema no sólo es polémico por la posición asumida en cuanto a la posibilidad de la no revisión de lo definido mediante transacción extrajudicial, sino por el mecanismo asumido para conseguir tamaño pronunciamiento; de ahí que este comentario tratará de mirar bajo dichas aristas el resultado del Primer Pleno Casatorio.

I. ¿El Fin Justifica los Medios?

1. Origen Dual de la Jurisprudencia Vinculante

Para nuestro sistema judicial, la jurisprudencia con carácter vinculante tiene dos vertientes reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil. En el primer caso, el art. 22 de la referida Ley Orgánica señala:

«Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso

que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan (...)».

En atención a ello, venimos apreciando con mucha complacencia, la publicación de diversos precedentes vinculantes en el ámbito penal (ver El Peruano martes 25 de marzo del 2008) en la que los Vocales integrantes de las Salas Penales (permanente y transitoria) de la Corte Suprema, reunidos en Pleno Jurisdiccional han señalado por unanimidad los principios jurisprudenciales con carácter vinculante, que constituyan doctrina legal de la Corte Suprema.¹

Es importante precisar que los Vocales que participan y suscriben los Acuerdos Plenarios son exclusivamente los integrantes de las Penales de la Corte Suprema, al margen que sean jueces titulares o provisionales en el Colegiado; ello es un indicador interesante (la especialidad por parte de quienes definen la doctrina legal) para legitimar jurídicamente su resultado.

En el caso del Código Procesal Civil, el artículo 400 señala:

«Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

* Profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 A la fecha se han celebrado nueve Acuerdos Plenarios, para lo cual, es importante destacar la metodología utilizada. Conforme expresa el punto 3 del **Acuerdo Plenario No 1-2007/ESV-22** «se delimitó, con carácter preparatorio, el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas el año pasado. A continuación el Equipo de Trabajo designado, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionan en la parte resolutoria del presente Acuerdo Plenario (...)».

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado».

El Pleno Casatorio, materia de comentario, ha sido trabajado en atención a lo regulado por el Código Procesal. De la lectura del referido artículo 400 CPC, podemos apreciar que la doctrina legal se puede desarrollar en la Corte Suprema bajo dos escenarios. El primero, nos ubica bajo una Casación en giro, pendiente de definición; el segundo, una Casación definida, bajo la interpretación o aplicación de una norma legal en forma contraria a lo que asume otro Colegiado, sobre el mismo tema.

Como se podrá apreciar, la doctrina legal en nuestro país se construye a través de diversos procedimientos, regulados por la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil. Esto permite mostrar diferencias en la creación de la jurisprudencia vinculante, así pues, a la fecha tenemos precedentes en materia penal, obtenido bajo las reglas de la Ley Orgánica y que son el resultado del pronunciamiento de los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, lo que nos permite mirar dichos criterios con mayor confiabilidad por tratarse de criterios altamente especializados.

Además, se toma las resoluciones emitidas por las Salas Especializadas, luego de haberse definido la situación jurídica en debate ante el Supremo Tribunal; por tanto, la vinculación que se establezca a partir de dichos Acuerdos Plenarios tendrá efectos *ex nunc*. Aún más, debe precisarse que dicha actividad no encierra una función jurisdiccional propiamente dicha, sino el cumplimiento de una función de normativa-judicial, encomendada por Ley, exclusivamente a los jueces integrantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En ese sentido, resulta coherente lo que invoca el Acuerdo Plenario No 1-2007/ESV-22: «Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la

República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica».

A diferencia de lo que regula la Ley Orgánica para la creación de la jurisprudencia vinculante, el Código Procesal Civil establece un mecanismo que puede ser sistematizado bajo dos escenarios:

- a) cuando la doctrina jurisprudencial se fije en atención a la existencia de una Casación, en giro²; esto es, como señala el texto de la norma, en atención «a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto»; y
- b) cuando la Casación se ha definido pero «se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado».

Por la redacción de la norma, podemos inferir, que el primer supuesto invoca un **acto facultativo** a recurrir por el Colegiado, previamente a definir la Casación; en el segundo caso, la norma es categórica al hacer referencia a la «**obligatoriedad**» del Pleno Casatorio. Además, el Código Procesal, precisa que serán los Vocales en Sala Plena los que discutirán y resolverán la Casación en giro, sometida a su decisión³.

Lo descrito hasta el momento, nos lleva a sostener lo siguiente:

- a) Las fuentes generadoras de jurisprudencia vinculante no son uniformes;
- b) Los precedentes (que no tienen su origen en el Código Procesal) cuentan con el privilegio de la especialidad y el efecto *ex nunc* diferencia del que se origina en las normas del Código Procesal, que es emitida por los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema y no –exclusivamente– por los integrantes de las Salas Especializadas;
- c) La doctrina jurisprudencial trabajada bajo las reglas del Código Procesal, tiene un efecto directo sobre la Casación en giro por definir, a diferencia de la generada por la Ley Orgánica, cuyo vinculante es *ex nunc*; y

2 Precisamente, el Pleno Casatorio de fecha 22 de enero del 2008 se ubica en este supuesto, pues, fue promovido para definir la Casación pendiente en el expediente No 1465-2007-Cajamarca. Aún más, se lee en el texto del Pleno Casatorio Civil (punto 82) lo siguiente: En la Razón emitida por la señora Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República, se hace alusión que se han remitido juntamente con este proceso las casaciones N° 1463-2007, seguido por Bartolomé Pérez Lozano y otros contra la Minera Yanacocha S. R. L, Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; N° 1811-2007, seguido por José Azañero Chuquiruna y otros contra los mismos demandados, y N° 1813-2007, seguido por Margarita Cabanillas Miranda y otros, también contra las mismas partes, expedientes que deben devolverse a su Sala de origen para que procedan de acuerdo al precedente fijado en este Pleno Casatorio.

3 Para generar doctrina jurisprudencial vinculante, la decisión que se tome en Sala Plena será con mayoría absoluta de los asistentes al Pleno; permitiendo que los abogados, si hubieren informado oralmente a la vista de la causa, puedan ser citados para el Pleno Casatorio.

- d) Al permitir el Código Procesal la generación de jurisprudencia vinculante a partir del traslado del proceso en giro a la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema, no sólo afecta el principio del juez natural, sino que se contraría el mandato constitucional que dice «ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones» (inciso 2 art. 139 Constitución del Estado), al buscar que sea la Sala Plena la que se avoque al conocimiento de la causa en giro ante las Salas Civiles de la Corte Suprema.

Hay que recordar que la Sala Plena de la Corte Suprema no ejerce función jurisdiccional, pues, tanto la Constitución del Estado y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, son congruentes en señalar que «los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás Cortes y Juzgados que determine su ley orgánica»⁴. La propia Ley Orgánica considera que en la organización del Poder Judicial concurren órganos jurisdiccionales y órganos de gestión, ubicando en este último rubro a la Sala Plena de la Corte Suprema (ver art. 79 LOPJ).

2. La Inconstitucionalidad de la Convocatoria al Pleno

El art. 400 CPC, al referirse a esta forma de generar la jurisprudencia vinculante acoge dos situaciones: la del proceso en giro, pendiente de definir una resolución recurrida en Casación; y la de un proceso concluido pero que ha generado una jurisprudencia contradictoria con la emitida por otra Sala Especializada de la Corte Suprema.

Para sostener la inconstitucionalidad del artículo 400 en este trabajo⁵, nos ubicamos en el escenario del primer supuesto, y decimos que los derechos que se vulneran es al juez natural, pues, la Casación es definida por un órgano ajeno a la Sala Civil Permanente de la Suprema, como es la Sala Plena de la Corte Suprema; se tolera, además, que se avoque la Sala Plena a la causa en giro y que interfiera en la decisión final, así como, que delibere y defina la Casación un órgano de gestión

administrativa, que no ejerce función jurisdiccional. Reiteramos, la Sala Plena no genera jurisprudencia vinculante, pues, únicamente las Salas Especializadas de la Corte Suprema, a la luz del art. 22 LPOJ están facultadas para ello.

La Sala Plena asume (en relación a los fallos de las Salas de la Corte Suprema) un rol de difusión y publicidad de éstos. Tiene las atribuciones de «sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales»⁶. Por tanto, coincidimos con Ariano⁷ cuando señala «la Sala Plena de la Corte Suprema no es un órgano jurisdiccional de la República, sino, como dice la Constitución vigente «el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial», con funciones administrativas (art. 80 LOPJ) y en ningún caso jurisdiccionales. Ergo, mal podría un órgano administrativo (por más que sea el «máximo») del Poder Judicial resolver un caso concreto, o sea comportarse como un órgano jurisdiccional, sin serlo».

El control constitucional de las normas jurídicas está siempre presente en la actividad judicial. Existen mecanismos de control judicial constitucional que la doctrina lo califica como **control concentrado** de constitucionalidad de la ley y está reservado a un solo órgano en nuestro país: el Tribunal Constitucional. En oposición a este mecanismo concurre el **control difuso**. Se permite que cualquier órgano jurisdiccional, pueda declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce⁸.

Tanto, los artículos 51 y 138, segundo párrafo, de la Constitución, habilitan a cualquier juez, de cualquier grado, en todo tipo de procesos, a preferir la norma constitucional sobre cualquier norma inferior que la vulnere y, en consecuencia, a declarar la inaplicación de esta para el caso concreto, de considerarla inconstitucional; esto es lo que se conoce como «control difuso» o incidental de inconstitucionalidad.⁹

4 Ver artículo 143 de la Constitución del Estado. En ese sentido, el art. 26 LOPJ señala que son órganos del Poder Judicial: 1) La Corte Suprema de Justicia de la República, 2) Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos distritos judiciales, 3) los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas, 4) los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede, y 5) los juzgados de paz.

5 Ariano también sostiene la inconstitucionalidad del Pleno. Señala: «la convocatoria y realización del llamado «pleno casatorio» tendiente a resolver un recurso concreto, lejos de festejarse (dije ya que funjo de aguafiestas), constituye un supuesto de desviación de la «jurisdicción predeterminada por la ley» (o sea del llamado «juez natural») y como tal un supuesto, para la Sala Plena de la Corte Suprema, de «avocación» indebida de causa pendiente ante un órgano jurisdiccional del Poder Judicial, con todas las repercusiones que ello da lugar respecto a la validez de lo que allí se resuelva (sin dejar de decir de las consecuencias penales que establece el art. 410 CP).» *Ibidem*

6 Ver inciso 3º del 80 LOPJ

7 Op.cit.

8 Cuando la sentencia que dicta el órgano de control invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de **control abstracto**, que tiene efectos generales o «*erga omnes*». Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso que se trata, se habla de **control concreto** de constitucionalidad, que tiene efecto particular o «*inter partes*», quedando vigente la ley inaplicada.

9 El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución del 93, la cual señala: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda la otra norma de rango inferior». El artículo 51 dice: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

Como se aprecia, la Constitución vigente ha expandido el sistema de control concreto de constitucionalidad de la ley, por ello, cualquier juez no sólo **puede** sino que **debe** inaplicar toda la norma contraria a la Constitución por exigirlo así, perentoriamente, el deber de sometimiento a la supremacía de ésta, que impone a los órganos del Estado y, por ende, a los jueces. Según el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la sentencia del juez que declara la inaplicación de la norma inconstitucional tendrá que ser revisada por la Corte Suprema, sea por apelación o en consulta, con el fin de asegurar cierta unidad de criterio en el ámbito judicial. Esto nos lleva a reflexionar acerca del órgano de la Corte Suprema que tendría que conocer en consulta la inaplicación de una norma legal por control difuso, realizada por alguna de las Salas de la Corte Suprema; en tales circunstancias, nos atrevemos a opinar que la consulta podría ser absuelta por otra de las Salas de la Corte Suprema, privilegiando la especialidad en ella.

En cuanto a la obligatoriedad de ejercer el control difuso se sostiene que: «el control difuso es un instituto jurídico *sui generis*, pues no es solamente facultad de quien debe aplicar la ley al caso concreto, porque la Constitución no lo establece como posibilidad, sino como exigencia, pero ambas (facultad y exigencia) referidas exclusivamente a quien debe resolver».

Los magistrados, para preferir la norma constitucional frente a la legal o la legal frente a la de inferior jerarquía, al resolver un caso concreto, deben tener la convicción que la norma que pretenden aplicar es inconstitucional o ilegal. Si no tienen tal convicción, tendrán que aplicar la ley o la norma de inferior jerarquía. Esto significa que «nadie puede obligar a ejercer el control difuso; que la decisión de optar por él, es exclusiva de quien debe aplicar la norma a un caso concreto; por eso, la norma sigue vigente y el mismo operador u otros pueden aplicarla en otros casos».

El control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un **poder - deber del juez** a quien nuestra Carta Magna ha habilitado para preservar el principio de supremacía constitucional y en general el principio de jerarquía de las normas de acuerdo a lo estipulado en el artículo 51 de la Constitución Política.¹⁰ Este control es un poder – deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar el proceso sea constitucional, es decir, que se conduzca procesalmente y ser resuelta en cuanto al fondo conforme a normas de indubitable constitucionalidad pues no puede reputarse como debido proceso aquel tramitado aplicando normas procesales de cuestionable constitucionalidad o es resuelto aplicando normas sustantivas cuyas

inconstitucionalidad resulta evidente; siendo además que el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo, en tanto que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez en principio resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, esto lo ha señalado el Tribunal Constitucional precisando que «el control difuso se constituye en un mecanismo de *ultima ratio* al que se puede acceder única y exclusivamente cuando la inconstitucionalidad de la norma invocada es manifiesta.»¹¹

Esto significa que no se puede obligar a ejercer el control difuso a ninguna autoridad que ejerce función jurisdiccional; que la decisión de optar por el control difuso es exclusiva de quien debe aplicar la norma al caso concreto. Esto implica que si quien debe resolver tiene la convicción de que la norma a aplicar es inconstitucional, debe preferir la Constitución, pero tal convicción le concierne sólo a él, «ningún agente externo, aunque fuera superior jerárquico, puede obligarlo a tomar tal decisión». De lo anterior se desprende que la aplicación o no del control difuso sobre el artículo 400 CPC, por parte de los miembros de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, es un poder-deber, cuya inaplicación no genera ninguna consecuencia, pues, no pueden ser obligados a apreciar la norma (art. 400 CPC –primera parte-) bajo la arista de una cuestionada constitucionalidad.

3. La Vulneración del *Stare Decisis* y los Criterios Contradictorios Emitidos por un Mismo Juez

Una de las observaciones que se puede hacer a la jurisprudencia vinculante generada a raíz del Pleno Casatorio es la incongruencia del voto del Vocal ponente de la posición por mayoría, con el contenido de sus votos singulares emitidos en diversas causas en la que intervino como Presidente de la Sala Civil Permanente.

Decimos ello, porque hemos venido apreciando con gran interés las razones que exponía dicho magistrado en sus votos singulares, frente a la excepción de transacción propuesta por la demandada empresa minera Yanacocha.

De la lectura de las resoluciones recaídas en la **Casación No 1809-2007-Cajamarca** del 8 de noviembre del 2007, en los seguidos por Arquímedes Miranda Flores contra la empresa Minera Yanacocha SCLtda sobre indemnización; la **Casación No 1805-2007- Cajamarca** del 13 de noviembre del 2007, en los seguidos por Casimiro Herrera Valencia y Maria Andrea Chilón Flores contra la Empresa Yanacocha SCLtda sobre indemnización; la **Casación No 679-2007- Cajamarca** del 6 de noviembre del 2007, en

10 Ver STC. Expediente 908-96-AA/TC; del 30 de Junio de 1997.

11 Ver STC. Expediente 145-99-AA/TC, del 8 de Setiembre de 1999.

los seguidos por Eusebio León Chahuayo y otros contra la Empresa Yanacocha SCLtda sobre indemnización, sostenía lo siguiente:

«...analizadas las denominadas transacciones extrajudiciales presentadas por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada (...) las cuales se celebraron antes del inicio de la presente causa, se constata que ellas no precisan obligaciones y derechos pre-establecidos a cargo de cada una de sus suscribientes susceptibles de transacción y menos que las partes se hayan hecho recíprocas concesiones de derechos. No consta de los anotados documentos obligación alguna a cargo de los actores y en favor de la aludida empresa, que habría servido de base para las concesiones transaccionales. Por lo demás, resulta incongruente la posición de la mencionada empresa cuando, al deducir la excepción de conclusión del proceso por transacción, se ampare en las mencionadas transacciones extrajudiciales y, no obstante, en el contenido de las mismas se constata la aseveración de la codemandada empresa minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sentido de que no reconoce tener responsabilidad por lo hechos que son el sustento de la presente demanda, sosteniendo que no se encuentra de acuerdo con pagar a la parte indemnizada (demandante) la suma solicitada (ver transacción de fojas setecientos dos de los presentes autos). De los anotados documentos, en todo caso, emerge que las denominadas transacciones han tenido por objeto pretender impedir a los ahora demandantes reclamar sus derechos relativos a la indemnización por los daños sufridos en su integridad física y en su salud como consecuencia de la manipulación del mercurio, lo que no está permitido por el numeral 1305 del Código Civil, si a ello se agrega que en los citados documentos se adiciona que la mencionada empresa «proveerá un seguro a favor de la parte indemnizada (demandantes) y sin costo para ésta, que cubra por el plazo de cinco años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación con mercurio».

Añadiendo textualmente además:

«Por otro lado, la parte indemnizada (demandantes) declara conocer que la exposición al mercurio puede ser dañina y, asimismo, declara que no se encuentra en posesión de mercurio y que no guarda mercurio en su vivienda o en otro local», precisiones que hacen suponer que se habría pretendido transigir sobre derechos no patrimoniales y que por su naturaleza tienen el carácter de irrenunciables e intransigibles. (...) Consecuente con lo anotado, y ante transacciones irregulares, que no pueden servir de sustento válido para la excepción correspondiente, el recurso de casación por la causal de contravención de normas que garantizan el derecho al debido

proceso debe ampararse, casando la resolución impugnada. Y **en virtud de los principios de economía procesal e instancia plural, existiendo en el presente proceso suficientes elementos de juicio, esta Sala Casatoria debe anular la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, debe revocar la resolución de primera instancia en el extremo que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los menores de edad citados y reformándola debe declararse infundado dicho medio de defensa deducida por la parte demandada**»¹² (las negritas y subrayado es nuestro)

Resulta contraproducente apreciar que el autor de los votos singulares citados, pese a considerar que la excepción de transacción propuesta por la empresa Yanacocha, se declare infundada, sostenga todo lo contrario, al redactar la ponencia por mayoría, en el Pleno Casatorio. Con esa actuación ¿se afecta el principio igualdad? Consideramos que la posibilidad que tiene un juez de apartarse de los criterios que haya asumido en algún momento es válido pero no irrestricto. Está condicionado a una explicación o justificación del porqué hoy niega la posición que originalmente asumió en determinado caso.

Hubiera sido interesante que el Vocal Supremo, ponente del acuerdo por mayoría, señalara o precisara el caso (número de expediente) en el que se apartó del criterio que había venido asumiendo en las citadas Casaciones No 1809-2007-Cajamarca, No 1805-2007- Cajamarca, Casación No 679-2007-Cajamarca, todas provenientes de la Sala Civil Permanente.

Los jueces no sólo se vinculan con los precedentes de obligatorio cumplimiento, que provengan del Tribunal Constitucional, de las Salas Especializadas de la Corte Suprema en Acuerdo Plenario y del Pleno Casatorio, sino que también se vinculan con sus propias decisiones emitidas en otros casos de similar naturaleza.

El principio del *stare decisis*¹³, que tiene influencia del derecho anglosajón, justifica dicha vinculación del propio juez con sus propias decisiones para hoy y para el futuro. La mayoría de los sistemas jurídicos reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces pues, si bien son independientes, es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles o que dicten sentencias contradictorias de forma caótica.

Aún mas, si bien la redacción del art. 22 LOPJ señala que las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales,

12 Ver fundamento 11 y 13 del voto singular del Vocal Vásquez Vejarano, en las causas citadas.

13 Esta doctrina es propia del derecho anglosajón, y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia.

cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento, permite que un juez pueda apartarse de dichos precedentes vinculantes, de manera excepcional y justificando las razones por las que se aparta de ello. Textualmente dice el art. 22 LOPJ: «en caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan (...)»

4. ¿Hacia Dónde Ir?

Una de las ideas recurrentes que se viene sosteniendo por más de una década, es la ausencia de precedentes vinculantes generados por la Corte Suprema.

Los fallos emitidos por la Corte Suprema, en el caso de las ejecutorias en casación, son objeto de publicación, sin que ellos generen efecto vinculante, pues no constituyen doctrina jurisprudencial, sino referentes jurisdiccionales y que en aplicación del artículo 400 CPC:

«El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedentes el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.»¹⁴

Bajo ese escenario, a pesar que existen dos fuentes normativas, que rigen el procedimiento para generar jurisprudencia vinculante, no es frecuente encontrarla. En estos últimos tiempos, hemos apreciado con especial complacencia los Acuerdos Plenarios realizados por las Salas Especializadas en lo penal, para fijar los precedentes en su especialidad, bajo los alcances del art. 22 LOPJ. El área o especialidad en lo civil, no recurre a este procedimiento de la LOPJ, por considerar aplicable las reglas del Código Procesal Civil (art.400).

Hemos mostrado en este trabajo, las vicisitudes que genera esta actividad y sobre todo, los cuestionamientos a su inconstitucionalidad; lo que no debe ser motivo para dejar de no trabajar por la unificación de la jurisprudencia. Hay otros derroteros, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, hacia donde debería encaminarse la buena voluntad de los Vocales de las Salas Especializadas en lo Civil de la Corte Suprema para fijar dichos precedentes. Ella debe ser la única fuente que guíe dicha actividad, en atención a la confrontación que presenta con el procedimiento que regula el art.400 CPC.

No se puede aceptar, que en aras de generar jurisprudencia vinculante, se traslade la Casación en giro, a un órgano no jurisdiccional (como es la Sala Plena) para que la defina; se altere con ese traslado, al juez natural del proceso y se avoque en el conocimiento de una causa a un órgano que carece de competencia para ello. Es que ¿no queremos darnos cuenta que estamos afectando las reglas del proceso justo, bajo el argumento de la jurisprudencia vinculante? Considero que el camino hacia donde debemos mirar está trazado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal manera, que todos los estamentos jurisdiccionales «especializados» de la Corte Suprema, tengan un sólo mecanismo uniforme, para generar la tan reclamada jurisprudencia vinculante.

“La transacción tiene una fuerza superior que la Ley le da a todo contrato entre las partes, pero tampoco se puede identificar con la cosa juzgada de las sentencias”

II. La Transacción Extrajudicial como Excepción Material

El Primer Pleno Casatorio ha fijado los alcances de la transacción extrajudicial frente al proceso judicial que se inicia posteriormente, para discutir los mismos hechos ya definidos. Dicho debate se promueve en atención a los criterios contradictorios emitidos por las Salas Civiles de la Corte Suprema, en el caso Yanacocha. Al respecto señalamos lo siguiente:

5. La Cosa Juzgada en la Transacción Extrajudicial

La transacción tiene una fuerza superior que la Ley le da a todo contrato entre las partes, pero tampoco se puede identificar con la cosa juzgada de las sentencias. Es una especie de sentencia que dictan las partes para resolver su situación controvertida, pero no refleja la cosa juzgada de la sentencia. Dice Fenech¹⁵, «la cosa juzgada de la transacción no puede hacerse valer por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil(...) quiere decir que el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta; pero esta cosa juzgada no impide que el juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado por

14 En nuestro país, el tema de la divulgación de los fallos judiciales, en sus orígenes, no estaba orientado a la divulgación de principios jurisprudenciales, pues, estos han sido incorporados con la Ley Orgánica de 1991, sin embargo, debe resaltarse desde un punto de vista histórico que fue el Presidente de la República don José Pardo, quien decreto con fecha 1 de Abril de 1905 el establecimiento de los Anales Judiciales del Perú, como edición que colecciona los sucesivos fallos de la Corte Suprema de la República, desde 1871.

15 Fenech Navarro, El arbitraje, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, No 3, Barcelona, p.182

dolo, etc, o sea, que el juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. Sólo en este sentido puede hablarse propiamente de cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma».

A pesar que la última parte del art. 1302 CC precisa que la transacción tiene valor de cosa juzgada, es casi unánime los criterios que la asumen como una ficción legal. Veamos, Gómez Orbaneja¹⁶, considera que no hay tal cosa. Se trata de una metáfora secular, y que ha cumplido históricamente la misión de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato, ya que la sentencia del juez no crea derechos y se limita a declarar los ya existentes. Albaladejo¹⁷, apoya esta tesis al decir que la Ley, para dar una idea del carácter obligatorio de la transacción, habla metafóricamente, que para las partes tiene la autoridad de la cosa juzgada; no se puede interpretarse en su sentido literal. Serra afirma que no existe cosa juzgada en las causas de terminación del proceso derivadas de la común voluntad de ambas partes. La transacción no produce la cosa juzgada, por la sencilla razón que nada se ha juzgado, lo cual no impide que pueda producir efectos similares a los de la cosa juzgada, entre los que destaca la preclusión de ulteriores procesos, pero para que se produzca dicha preclusión es indispensable que se declare la corrección de la transacción».

Para Cortéz Domínguez¹⁸, la eficacia de la cosa juzgada está reservada a los actos judiciales decisorios en el fondo, y porque al estar sometida la transacción a la acción de nulidad, no tiene un carácter inmutable ni permanente, por ello, resulta dudoso que en un proceso ulterior se pueda oponer, con fuerza equivalente a la de auténtica excepción de cosa juzgada, la transacción extrajudicial¹⁹.

Carrera LLansana²⁰ considera que la eficacia de la transacción no es la invulnerabilidad o inmutabilidad, en cuanto puede ser rescindida o anulada, sino poner término a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva. Y esta definición de lo incierto y litigioso se impone al juez como hecho jurídico, pero no como acto revestido de «*imperium*» que sólo tiene la sentencia.

En conclusión para Peláez²¹, cuando el Código Civil dice que la transacción tiene entre las partes la

autoridad de la cosa juzgada, está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser Ley, como cualquier otro contrato, entre las partes contratantes.

6. Transacción Judicial y Control Jurisdiccional

La transacción tiene como objeto eliminar la controversia. Es un acto personalísimo porque involucra la comparencia de las partes, por ellas mismas o por representación, para realizar la transacción y para reafirmarse de ella ante el órgano jurisdiccional. El juez tiene la obligación de tener en cuenta la decisión de las partes, pero ello no impide que valore la validez de la transacción, esto es, no puede revisar el fondo del acuerdo, sino verificar que el acuerdo se trabaje dentro de la esfera de lo disponible por las partes, esto es, que no atente contra la moral o el orden público, así como debe comprobar el acatamiento de los requisitos formales de ella, como el aspecto patrimonial y las concesiones recíprocas. Para Fenech, «el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta, pero no impide que el juez valore la validez del propio contrato de transacción y que estime si ha sido otorgado con dolo, etc». Esto es, no puede revisar el fondo, el contenido del pacto pero sí lo referido al derecho indisponible; se ciñe a comprobar la regularidad de los requisitos formales y materiales para que el contrato sea válido y pueda producir sus efectos extintivos de una controversia.

La cosa juzgada y la ejecución son aspectos distintos de un acto procesal. La transacción judicial homologada es la única que puede considerarse título de ejecución con efecto de cosa juzgada, de ahí que se considera a la transacción homologada o autorizada por el órgano jurisdiccional el calificativo de judicial.

Según Morello²², «no es necesario que el juez apruebe la transacción para que esta sea válida; la homologación judicial del convenio por las partes no hace al perfeccionamiento de éste, que queda completo aún sin ese recaudo, sino que importa, desde el ángulo procesal, un modo de terminación del proceso que integra la decisión inicial de las partes, proveyéndola de la autoridad de cosa juzgada». Una cosa es la validez de la transacción y

16 Gómez Orbaneja, Derecho Procesal Civil, Vol.1, Madrid, 1979, citado por Peláez, Op. Cit., p.410

17 Albaladejo Manuel, Derecho Civil, t. II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1979, p. 443

18 Cortéz Domínguez, Derecho Procesal Civil, t. I. Vol. 1º, Valencia, 1986, p.525

19 Peláez, Op. cit. p. 162

20 Carreras LLansana, Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho Positivo Español, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1962, p. 323, citado por Peláez, Op.cit. p. 168

21 Op. cit. p. 169

22 Morello Augusto, «La transacción desde la perspectiva procesal» en Revista Colegio de Abogados de La Plata, julio-diciembre, 1973, p. 375

otra la aprobación, ello conlleva a que una transacción no pueda ser aprobada judicialmente, pero que pueda ser válida en su contenido.

Homologar es aprobar; sentenciar, es decidir. Son dos manifestaciones distintas al poder jurisdiccional. En el caso de la transacción procede que el juez que haya intervenido en el proceso apruebe el acto voluntario de las partes, pero lo que da el carácter de cosa juzgada no es la decisión de él, sino aquel acto voluntario. Carnelutti califica a esta decisión de las partes, que por su voluntad componen la litis, sustitutos procesales o lo que es lo mismo equivalentes jurisdiccionales. La homologación no es una sentencia, es una aprobación. Cuando decide el juez solo lo hace mediante una sentencia. Aunque ambas actividades son distintas: homologar y sentenciar, ambas son actos jurisdiccionales con el atributo de la cosa juzgada. Coincidimos con la posición de Fernando Paya y Susana Lima²³ cuando señalan que «la homologación no es una sentencia sino una aprobación y que aún ésta, para ser valedera, debe respaldarse en un análisis pormenorizado de las circunstancias que conducen a ella».

No todas las transacciones son sustitutivas de las sentencias judiciales. Puede darse el caso de las transacciones extrajudiciales que evita se produzca el pleito o se da por terminado el que se había iniciado, sin que para nada intervenga el órgano judicial. Este supuesto puede operar cuando el pleito ha comenzado o cuando todavía es una posibilidad, pues en uno u otro caso es una transacción extrajudicial.

Cuando antes de iniciar el proceso judicial se celebra una transacción por las partes, ésta se ha realizado al margen de la intervención judicial; por el contrario, si inició el cobro judicial de la deuda y las partes realizan la transacción sin solicitar y obtener la aprobación judicial, el resultado es el mismo que en el caso anterior, por quedar todo oculto y reseñado entre las partes, quienes han actuado de espaldas al proceso. Véase que una situación es la transacción y otra la «aprobación» de la transacción, como condición de la cosa juzgada.

También tiene el mismo resultado, aún si se efectúa la transacción, al margen de un proceso iniciado y posteriormente se incorpora al proceso pidiendo que se archive todo, sin recabar la aprobación judicial, el resultado es el mismo, porque la autoridad judicial se limita a la mera lectura y al archivo del proceso y no al control y posterior declaración de la cosa juzgada. Esta situación aparece regulada en el inciso 4 del artículo 322 CPC.

En el caso de las transacciones judiciales, no sólo se orienta a concluir el proceso como consecuencia de

un acto exclusivamente de parte sino como un acto –a la vez– del órgano jurisdiccional. El juez recoge la transacción y la aprueba, extinguiendo formalmente el proceso. Cuando se opera con este tipo de transacciones judiciales se trata de una sustitución cualificada porque las partes no solo se limitan a sustituir la decisión del juez sino que someten la decisión que estas han tomado al conocimiento y aprobación del juez.

Es precisamente esta valoración que hace el juez de la transacción lo que permite calificarla de judicial, y no el hecho que se hubiere dado luego de iniciado un proceso judicial, puesto que aún así podría considerarse una transacción extrajudicial. La transacción judicial para que exista como tal requiere, no solo ser pactada después del planteamiento de la demanda, sino incorporada al proceso y aprobada por el juez, en tanto no se de estos supuestos: incorporación y aprobación, no podrá calificarse como judicial.

7. Conclusión del Proceso y Cosa Juzgada

Couture²⁴, define a la excepción como «el poder jurídico de que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él». El art. 446 CPC recoge las excepciones procesales y contempla en el inciso 8 la excepción de cosa juzgada y en el inciso 10º la excepción de conclusión del proceso por conciliación y transacción.

En el supuesto de iniciarse un proceso judicial luego de haberse materializado la transacción extrajudicial por los mismos hechos, podríamos aparentemente recurrir a ambas excepciones para oponernos a los efectos de la relación jurídica entablada. Se podría sostener que resulta excesivo contemplar la excepción de conclusión del proceso por conciliación y transacción, pues, la excepción de cosa juzgada le brinda dicha cobertura, porque como señala el art. 337 y 327 CPC, la conciliación y transacción judicial tienen la autoridad de la cosa juzgada.

Frente a ello sostenemos que no es cierto lo afirmado líneas arriba, pues, ambas excepciones responden a supuestos jurídicos diversos, como explicamos a continuación:

Las partes en litigio pueden acordar poner fin a éste, mediante transacción o conciliación judicial, sin embargo, dicho acto procesal puede ser sometido al control jurisdiccional para lograr un efecto homologatorio sobre dicho acuerdo. Esto implica que un acuerdo por transacción, puede ser sometido a un control posterior por la jurisdicción. Como consecuencia de ese control se puede lograr un control positivo, aprobatorio y por ende, el efecto de la cosa juzgada

23 Paya Fernando y Susana Lima, Extinción del proceso civil por voluntad de las partes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 133

24 Couture Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 89

sobre dicho acuerdo; pero también se puede alcanzar el acuerdo y no buscar un control posterior, esto es, es suficiente el acuerdo, y no se está interesado en realizar efectos homologatorios y ello es válido.

“Las partes en litigio pueden acordar poner fin a éste, mediante transacción o conciliación judicial, sin embargo, dicho acto procesal puede ser sometido al control jurisdiccional para lograr un efecto homologatorio sobre dicho acuerdo”.

Cuando se somete el acuerdo al control, dicha actividad jurisdiccional se va a desarrollar bajo los alcances del artículo 337 CPC y va a generar los siguientes efectos: a) control positivo, aprobatorio; b) control negativo, desaprobatorio. En el primer caso, el acuerdo gozará de la autoridad de la cosa juzgada, por ser un acuerdo homologado al efecto de la sentencia judicial; sin embargo, si el acuerdo es desaprobado, entonces le corresponderá continuar la discusión del conflicto hasta que sea definido por la jurisdicción.

La otra alternativa es que el acuerdo por transacción válido no sea sometido a ningún control jurisdiccional. En este caso, deliberadamente no se busca otorgar la autoridad de cosa juzgada a dicho acuerdo, de tal manera, que éste puede ser perfectamente modificado o alterado, de mutuo acuerdo, situación que no sería en caso se hubiera homologado el acuerdo; e inclusive se discutiera la actividad dolosa en dicho acuerdo, si estuviese homologado, le correspondería alterar el efecto de la cosa juzgada bajo la figura de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (ver art. 178 CPC) por estar homologado dicho acuerdo, caso contrario, correspondería su discusión a través de la regla de la nulidad del acto jurídico.

Si en el proceso judicial se logra poner fin a éste mediante la transacción judicial, y no se busca el control de la jurisdicción, el proceso concluirá sencillamente bajo los efectos del inciso 4 del art. 322 CPC, sin la seguridad jurídica de la cosa juzgada sobre el acuerdo, lo que no quita que dicho acuerdo no sea válido ni exigible, solo que los efectos de la inmutabilidad no le resultan aplicables. La transacción judicial puede por tanto ser apreciada bajo dos dimensiones, en atención a los efectos que se quiera alcanzar con la función contralora. Una de ellas, la de ser un acuerdo que concluye el proceso; otra, que además construye sobre dicho acuerdo la autoridad de la cosa juzgada, en la medida que dicho control sea aprobatorio.

8. La Transacción Extrajudicial como Excepción

A partir del Pleno Casatorio no hay diferencia en cuanto a sus efectos entre la excepción de conclusión del proceso por transacción con la excepción de transacción. En este último caso, debe apreciarse como un contrato concluido por las partes de espaldas al proceso, al margen si el conflicto estaba o no pendiente de resolver. Al utilizarla como fundamento de una excepción será un hecho que aportan al proceso con la finalidad de hacer inaplicable a la pretensión del actor, contenida en la demanda; la norma invocada por éste. En consecuencia es una excepción de derecho material, de fondo.

En cambio, en la transacción judicial, el juez cuando se le somete una transacción para que sea aprobada, verifica la legalidad del acuerdo al que han llegado las partes, sin entrar al fondo del mismo, determinando que el conflicto que dio origen al proceso ha concluido por transacción. Este contrato forma parte del proceso, poniendo fin a éste, mediante resolución del órgano jurisdiccional. En opinión de Peláez, «no estamos ante un simple hecho que puede alegarse como defensa de nuestros derechos; es propiamente el instrumento utilizado para concluir judicialmente el litigio dentro del proceso. Ella es considerada como una excepción procesal, de forma». Para De la Oliva-Fernández, la transacción judicial supone un negocio jurídico material, documentado en acta y homologado por el Tribunal con la inexorable consecuencia de una resolución judicial. A continuación mostramos algunas diferencias entre la transacción judicial y extrajudicial.

En una transacción extrajudicial entra en juicio la autonomía de voluntad, la cual genera un título de ejecución. Similares efectos tiene la transacción judicial, con la sola diferencia que en ésta, dicho título genera cosa juzgada en la medida que haya sido aprobada en un proceso judicial, señalado en el artículo 337° del CPC.

Ergo, dicha aprobación es el resultado del control que hace la jurisdicción de los actos de disposición que realizan los privados, con el objeto de verificar que no se hayan vulnerado derechos indisponibles; y este es el control que no hay en la transacción extrajudicial, y por tanto, no hay ese «plus» que es el atributo de la cosa juzgada, dotada de inmutabilidad. A tal punto, que si transara en una causa judicial y pretendiera desconocerla arguyendo fraude, no podría aplicar las reglas de la nulidad al acto jurídico, sino las del fraude procesal (art. 178 Código Procesal Civil); en cambio en la extrajudicial si podría recurrir a la nulidad del acto jurídico.

En pocas palabras, lo que plantea este Pleno Casatorio es: **«la transacción extrajudicial no homologada, dejada a la libertad de los individuos, se**

puede oponer como excepción de transacción».

En este punto disiento de ese precedente, ya que considero que, si es dable oponer la excepción de transacción, vista desde un enfoque material.

Así, el tema indemnizatorio podría ser revisado a través de una excepción de transacción material, donde indirectamente opere la actividad homologatoria. Por tanto, si se percatara una variación en la magnitud del daño proveniente del mismo hecho generador del daño, sería ostensible replantear el monto, a través de dicha excepción.

Entonces, **¿por qué negar en el proceso que se sigan discutiendo estos temas, si se refieren a los mismos hechos y consecuencias?** De ser así, la transacción va a prevalecer, pero si nos percatamos que existe de manera sobrevenida, una variación en la magnitud del daño, la cual se ha acrecentado o intensificado, comparada a la inicialmente transada, considero que hay justificación suficiente para que la transacción pueda ser repensada en el monto indemnizatorio.

Así, la discrecionalidad en el «*quantum*» no es una novedad, ya que en el ámbito judicial los jueces pueden dictar sentencias con condenas con reserva, bajo la premisa: «sé que eres responsable pero el monto me lo reservo para una futura liquidación ya que *a priori* no se puede determinar por carecer de ciertos parámetros que en cambio, si los puedo obtener a futuro». Estamos ante las sentencias de condena ilíquidas.

Por tanto, aplicando la misma lógica de las condenas a futuro a la transacción extrajudicial, el monto indemnizatorio sería revisable a través de una excepción material, pese haberse reconocido el daño generado. Finalmente, hubiera resultado interesante para el derecho nacional colocar como parte del Primer Pleno Casatorio la admisión a debate de la transacción extrajudicial, analizada desde un punto de vista de una excepción material, no como excepción procesal, en aras de una verificación indirecta homologatoria y de una determinación del *quantum* indemnizatorio bajo una «magnitud» del daño desconocido en su real dimensión, al momento de transar.

9. Reflexiones Finales

1. La redacción del art. 400 CPC es inconstitucional pues permite que un órgano que no ejerce función jurisdiccional, como es la Sala Plena de la Corte Suprema, se avoque al conocimiento de un proceso en giro, como ha sucedido en el caso de la **Casación No 1465-2007-Cajamarca**.

Con ello, no sólo se infringe el inciso 2 del art. 139 de la Constitución del Estado, sino que se vulnera el principio del juez natural, bajo la justificación de crear jurisprudencia vinculante ante fallos contradictorios emitidos por las Salas de la Corte Suprema. Todo ello nos permite afirmar que la Casación en giro, definida por Sala Plena, vulnera las reglas del debido

Transacción Judicial	Transacción Extrajudicial
Pone fin al proceso iniciado: 333 CPC	Evita el litigio y pone fin al proceso: 1302 Código Civil
Permite expresamente la homologación de acuerdos 337 CPC	Vacío legal en cuanto a la homologación extra proceso
Genera título de ejecución, el acuerdo homologado: 688 CPC (713.1 derogado CPC)	Genera título ejecutivo: inciso 5 art. 693 CPC
Requiere congruencia entre las prestaciones con el objeto litigioso: 337 CPC	No requiere congruencia entre las prestaciones recíprocas con las que han constituido objeto de controversia entre las partes: 1302 Código Civil
Permite oponer la transacción judicial al nuevo proceso, mediante la excepción de cosa juzgada y conclusión del proceso por transacción	La transacción extrajudicial no resulta oponible al nuevo proceso judicial
Concluye el proceso por transacción : 322.4 sin control homologatorio	No existe proceso judicial
El acuerdo homologado es impugnado por actividad dolosa, a través de la Nulidad de cosa juzgada fraudulenta: 178 CPC	El acuerdo por transacción celebrado bajo dolo se cuestiona a través de la nulidad de la transacción

proceso, pues, ha aplicado normas procesales de cuestionable constitucionalidad.

La transacción que se celebra fuera del proceso y con antelación a éste, no genera el efecto de la cosa juzgada.

Tampoco permite oponer la excepción de transacción al proceso ya iniciado con posterioridad a su celebración, porque la regulación del inciso 10 del art. 446 CPC, requiere de la existencia de un proceso judicial que haya concluido por transacción. La transacción extrajudicial, es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o de fondo, mas no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la «excepción de transacción», sino la de «conclusión del proceso

por transacción», la misma que requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido.

3. La excepción de la cosa juzgada que regula el inciso 8 del art. 446 CPC, se opone a los procesos que hayan concluido por transacción homologada; la excepción de conclusión del proceso por transacción, inciso 10 del art. 446 CPC, se opone cuando se inicia un proceso idéntico a otro que concluyó por transacción, aunque no se hubiere homologado.
4. Si la transacción judicial, valorada como un acto procesal que pone fin al proceso, y no se somete al control jurisdiccional, ello no implica la invalidez del acuerdo, pues, lo que se enerva son los efectos que otorga la homologación, cual es, aprobar la composición del pleito a través de la transacción con la calidad de cosa juzgada 